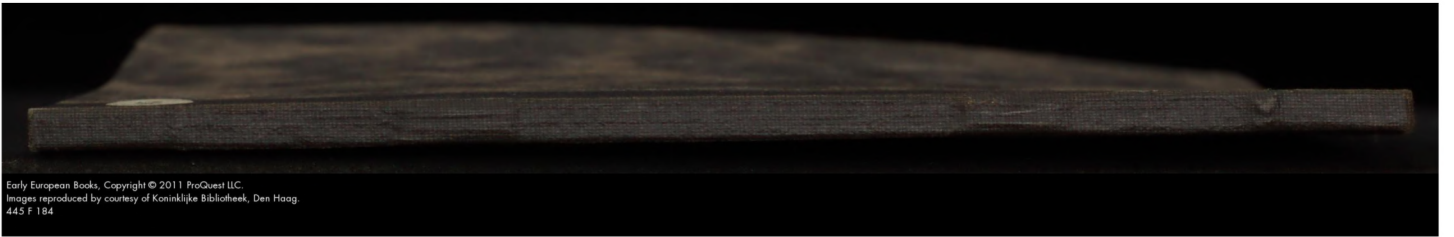


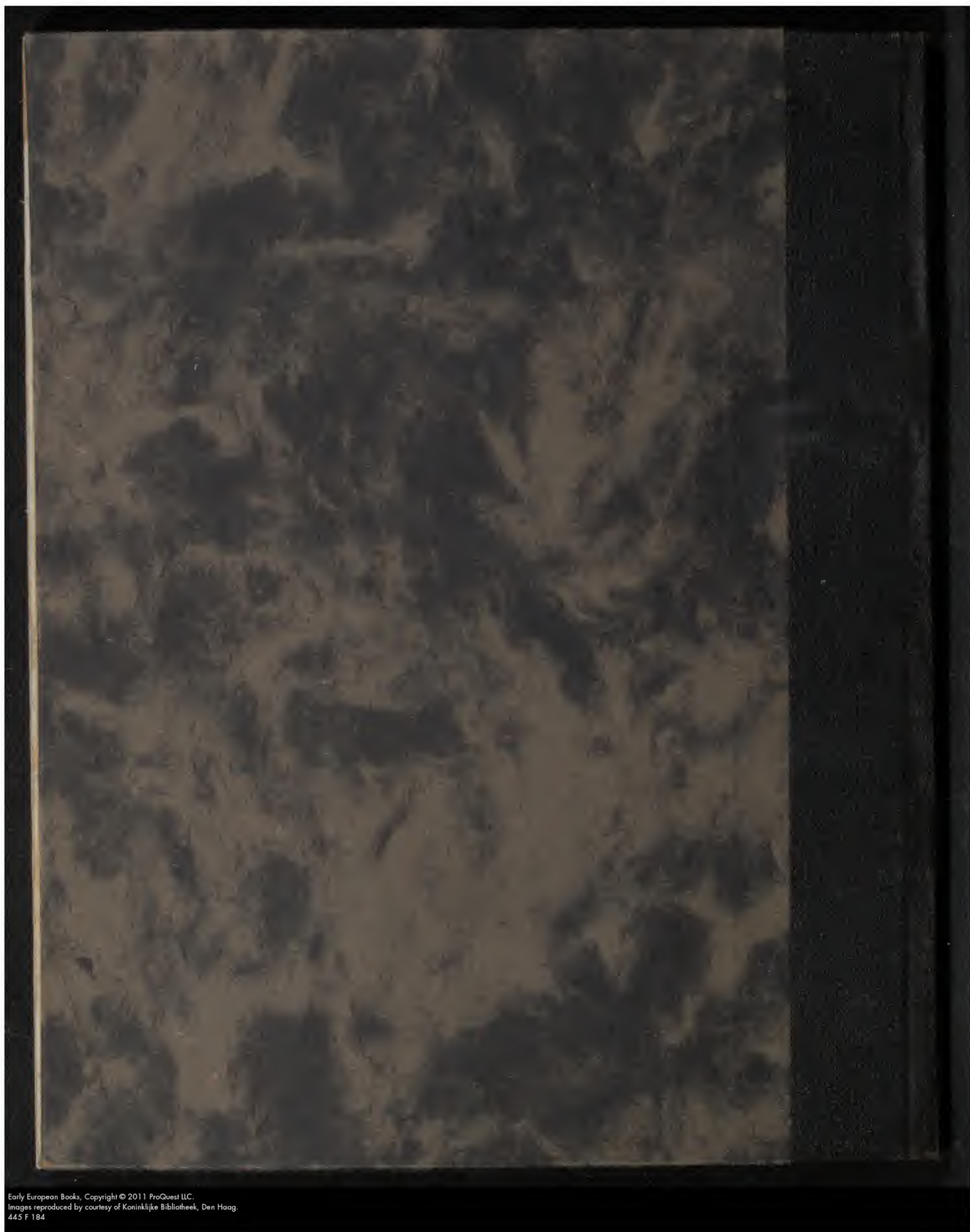
445

F

184

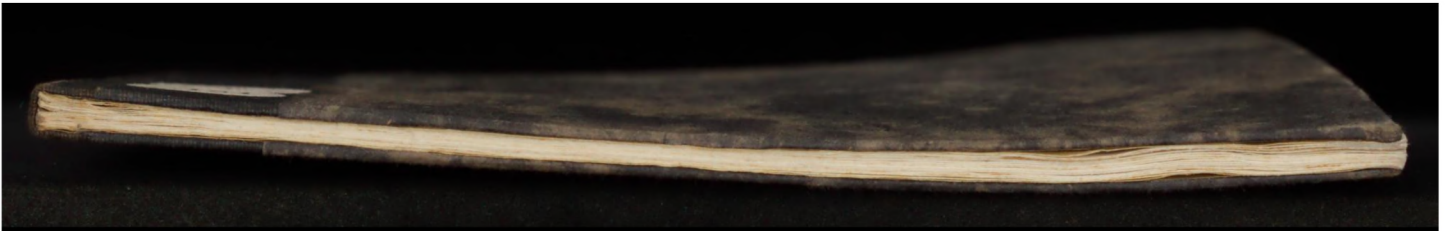


Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
445 f 184





Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
445 F 184



Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
445 f 184



Early European Books. Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
445 F 184

KW 41.57 184.
DISPUTATIO JURIDICA
INAUGURALIS
D E

SEPTEM DAMNATIS LEGIBUS
PANDECTARUM, SEU, CRUCIBUS
JURISCONSULTORUM.

Q U A M,

PRÆSIDE DEO OPT. MAX

Ex auctoritate Magnifici Rectoris,

D. THEODORI RYCKII, J.U.D.

in Illustri Academiâ Lugduno-Batavâ Professoris
Historiarum & Eloquentiæ,

NEC NON

*Amplissimi Senatus Academici Consensu, & Nobilissimæ
Facultatis Iuridicæ Decreto,*

PRO GRADU DOCTORATUS,

Summisque in UTROQUE JURE Honoribus & Privilegiis
ritè & legitimè consequendis,

Publico examini subijcit

CORNELIUS VAN ECK, Arenaco-Geldrus.

Ad diem 18 Junii, hora locoque solitis.



LUGDUNI BATAVORUM,

Apud ABRAHAMUM ELZEVIER,

Academiæ Typograph. MDC LXXXII.



PROOEMIUM.

Iurisprudentiam Romanam meritò Sacris Eleusiniis comparamus, quæ ut mysteria sua nunquam simul edocebant, sed semper servabant aliquid quod vel sæpissime revisentibus nondum visum ostenderent, ita & in Themidis sacrariis semper latet aliquid, quod, aut nondum visum, aut non ita dedolatum ornatumque, ostendat sui cultoribus. Neque enim putandum est, Iuris nostri fundum, in quo, tanquam in Augiæ stabulo, excolendo à tot retro annis non perfunctiorè desudarunt tot præcellentia cujusque gentis ingenia, adeò politum perpurgatumque esse, quin & suis adhuc contaminatus & inquinatus sit nævis, sædisque erroribus, in quibus extirpandis, frugibusque, quæ latent & eruditorum manus hætenus fefellerunt, eruendis, hodieque multum improbi laboris exantlandum restat illis, qui litteratæ antiquitati & Quiritium legibus exornandis, & dignitati suæ reslituendis seridò incumbunt. Quæ cum mirifice me semper delectarint, non potui à me impetrare, quin, cum mihi in Disputatione Inaugurali periclitandæ essent ingenii & industriæ vires, meam, quanta quanta est, symbolam, ad ipsarum potius Legum difficiliorum majestatem ab iniquis criminationibus & prævaricationibus vindicandam, conferrem, quam argumento promiscuis disputationibus ad nauseam usque detrimento Auditorum ac Lectorum aures & oculos onerarem. Dum autem in conquirendis obscurioribus nonnullis capitibus totus eram, in primis arrisit de Septem, decantatissimis illis quidem, sed nunquam, quantum quidem mihi cognoscere licuit, more in Academicis recepto, explicatis, Damnatis Legibus ff. seu Crucibus Iurisconsultorum, quas vocant, tractatus. Illæ enim licet ex quo animum ad studium Iuris Civilis appuli, semper mihi, ut certè sunt, visæ sint omnium longe intricatissimæ, æger-

rime tamen ferebam, has Leges, in quibus, si non omnem, certe aliquam lucem percipere videbar, DAMNATARUM nomine traduci, & quasi ineluctabilem Crucem omnibus figerent, ne tentandas quidem judicari, cum ne desperatissimæ quidem gravissimè delinquentium causæ sine patrono, iudice, & justo examine damnentur. Nec quicquam mihi futuro, favente Deo Opt. Max., ICTO convenientius existimavi, quam omnium causarum arbitras, absurditatis tamen obscuritatisque reas Leges, si non ab omni accusatione asserere, at pro ingenii modulo defendere satagerem, antequam ad privatorum causas, quæ ex his ipsis fontibus deciduntur, orandas accingerer. Quid enim de Litibus futurum est, ubi Leges ipsæ, à quibus, tanquam mutis iudicibus, judicandæ illæ sunt & definiendæ, obscuritatis & iniquitatis postulantur, ne dicam, damnantur. Neque est, quod quisquam mihi vitio vertat, quod vixdum initiatus in secretiora hæc Inris Romani mysteria inquirere sustineam, de quibus desperare se fatentur multi Viri beatoris ingenii venâ & de meliore ficti metallo instructi; Neque enim eum in finem hunc campum ingressus sum, ut de Viris gravissimis, qui multa nec protrita nec contemnenda de horum capitum sensu ad nos transmisere, iudex sedere velim, (tantum enim mihi nullus tribuo) sed ut insistens viam, quam eorum vestigiis pressam ac signatam video, adhibitisque in consiliū principis juris, & sanâ ratione, profligarem, quantum in me est, scrupulos & ænigmata, quæ in his locis Inter pretes torquent & tantum non excruciant, sicque tandem ad verum genuinumque horum capitum sensum emergerem; In eo mihi sunt omnia. Sed molesta est Circensibus pompa, ad rem ipsam.

DISPU.

DISPUTATIO JURIDICA
IN AUGURALIS


DE

SEPTEM DAMNATIS LEGIBUS
PANDECTARUM, SEU, CRUCIBUS
JURISCONSULTORUM.

CAPUT I.

Lex Vinum. 22. ff. reb. cred.

Julianus lib. 4. ex Minicio.

- I.  E tempore, quod in æstimatione rei, ob moram deterioris factæ aut peremptæ, ac judicio petitæ, ineundâ, considerandum est, quæstio est longè diffusissima, quam in *l. Vinum*, definit Julianus. In quâ explicandâ operam posuerunt tantum non omnes Interpretes, qui quid hic præstiterint, mei non est judicii. Certè non desunt Viri Eruditi, qui an plene hæcenus & ingenue pertractata sit, dubitant; Adeo ut magnus Cujacius in *Tract. ad Afric. 8. ad l. 37. ff. mand.* posteaquam quid hac de re sentiret, pronunciaffet, in hæc verba concludat: *Hæc est summa definitio, inquit, hujus quæstionis, valde notanda: nam nullus est hodie vel Judex, vel Patronus, vel Jurisconsultus, qui non hæreat maneatque suspensus, quoties tractatur hac de re.* Hæc ille. Videamus nunquid mentem Juliani, universamque hanc de ineundâ æstimatione controversiam percipere valeamus. Quod ut commodius fiat, distinguimus, an vera rei æstimatio faciendâ sit officio Judicis, sine jurejurando in litem; an æstimatio, quæ veram excedere potest, officio judicis per jusjurandum in litem; an verò petatur jure actionis seu obli-

A 3

gatio-

gationis. Primo casu iterum distinguimus, an dictus sit certus dies, quo reddenda res est, an minus. Si hoc, initur æstimatio, quanti eo die fuisset *vinum* (hoc enim exemplo appositè utitur Julianus, quia vinum est ex iis mercibus, quæ mensurâ constant, suoque in genere recipiunt functionem per solutionem. *l. 2. §. 1 ff. d. reb. cred.* certamque hanc speciem exprimit, quia natura mutui est, ut sit certum. *inscript. tit. ff. & C. d. reb. cred. & tit. C. si cert. pet. l. 6. ff. cod.*) Si dies certus non fuerit adjectus, fit æstimatio, quanti fuisset res, cum petita est. Et hoc illud est, quod in hunc modum scribit Julianus: *Vinum, quod mutuum datum erat*, (de mutuo exempli causâ loquitur, cum huic quæstioni & in stipulatione & in contractibus bonæ fidei locus sit) *per judicem petitum est* (ut constet in judicio, super bonitate vini mutuo dati, factam contentionem. Idem loquendi genus usurpant Furius Anthianus in *l. ult. ff. d. R. V.* & Ulpianus in *l. 3. §. 5. ff. d. cond. caus. dat.*) Quæsitum est, cujus temporis æstimatio fieret: utrum cum datum esset, an cum litem contestatus fuisset, an cum res judicaretur? Nimirum ponendus est cum Juliano casus, quo petitum est vinum æque bonum & generosum, quam quod mutuum datum erat. *v. l. 2. §. 3. l. 3. ff. h. t.* ita tamen ut, si id ob moram rei ita præstari nequeat, petitum sit, ut per officum judicis reddatur debiti vini æstimatio. *arg. l. 47. §. 2. l. 71. §. 3. d. legat. 1. l. 8. ff. d. cond. furt.* Id enim judici in casu necessitatis licet. *l. 68. ff. d. R. V.* Quod cum non animadverterent Interpretes miserè se torquent, quomodo judex laboret de tempore faciendæ æstimationis, cum vinum ipsum, non ejus æstimatio, in hac specie petitum sit, & sententia, ut illi ajunt, debeat congruere libello. *l. ult. C. d. fidei c. l. 18. ff. comm. divid.* Sed sciant, æstimationem non differre à re, cui inest. *l. 88. ff. d. V. S. ubi Alciat.* & quod dicitur: Sententiam oportere congruam esse libello, merum esse, ut ita dicam, brocardicum juris: quid enim hoc aliud est, quam judicem ab actore in ordinem cogi, seque ad ejus nutum componere debere? Legis autem *ultima C. d. fidei c. lib.* qua utuntur an abutuntur? nec sensus, nec ratio alia est, quam heredem, qui improbè & malâ fide servum ipsum tradere detrectat, in æstimationem servi in judicium deducti & à legatario manumittendi, condemnari non posse, quia tum ei ex mente testatoris libertas imponi non posset, stultumque vocat judicem Justinianus, qui *in prædictâ causâ* (verba sunt ipsius Imp.) hujusmodi condemnationem profert. Vide legem &

& judica. Hoc amplius, id si admittimus, nunquam judici integrum erit, reum absolvere, cum id nemo quisquam in libello petat; & tamen omnia judicia absolutoria esse evincit §. ult. *I. d. perp. & temp. act.* Quod rectè à doctissimo Membranarum scriptore Lyclamâ, in politicissimo ad h. l. commentario, observatum est. Dissentiunt plerique.

II. Nec audiendi sunt, qui, cum genus in mutuo reddatur, idque perire non possit, *l. 1. §. 4. ff. O. & A. §. 2. §. quib. mod. re contr. obl.* frustra sollicitum esse Julianum asserunt de æstimatione rei mutux datæ. Quasi verò vinum aliave merx fungibilis non possit aliquo vel anni tempore vel loco desiderari, & , ut maxime non desideretur, contrahentes dissentire nequeant super præstantiâ vini tum accepti, tum reddendi, quam litem officio judicis potius, quam rixis ipsorum contrahentium componi, Reipublicæ interest. *v. l. 13. §. 3. ff. de Usufr. l. 21. d. reb. cred.*

III. Pergit Julianus: *Sabinus respondit, si dictum esset, quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset: si non, quanti tunc cum petita esset.* Quibus verbis nihil aliud mihi visus est Jctus voluisse, quam in æstimatione rei judicio postulatæ spectari tempus moræ, sive in eâ constituitur debitor interpellatione creditoris, sive lapsu dici solutioni præstitutæ. *l. 12. C. d. Contr. & com. stip. l. 32. d. usur. l. 11. de re jud. l. 13. §. 20. ff. l. 5. C. d. act. empt.* Et hoc ita, ut diximus, in specie, ubi vera æstimatio facienda est officio judicis, insuper habita distinctione inter judicia bonæ fidei & stricti juris *l. nostrâ 22. l. 12. §. 1. d. caut. in jud. l. 20. l. 35. §. 1. de R. V. l. 25. §. 8. d. Edil. Ed. l. 23. §. 1. l. 38. §. 7. ff. de Usur.* Nam quod in *l. 3. §. 2. ff. Commod.* dicitur, in bonæ fidei judiciis tempus sententiæ, in stricti juris litis contestatæ respici, id non de verâ rei æstimatione, sed de ea, quæ fit per jusjurandum in litem, accipiendum est.

IV. Quod autem dicimus, spectari tempus moræ, id ita est intelligendum, ut omne lucrum aucti à tempore moræ usque ad sententiam pretii, cedat creditori, damnum verò diminuti interea pretii redundet in debitorem, ne mora ejus creditori noceat, & ipsi profit *l. 21. §. 3. d. Act. emp. l. 3. ff. d. trit. act. l. 12. §. 1. si quis caution. l. 173. d. R. I.*

V. Hæc longe aliter se habent in casu secundo, quo videlicet æstimatio fit officio judicis per jusjurandum in litem, id quod tum in stricti juris judiciis locum habet, cum illa sunt arbitraria. *l. 6. in ff. d.*

in lit. jur. aliàs in eo actionum genere in litem non juratur. *l. 6. ff. eod.* In hac enim specie distinguimus inter judicia bonæ fidei & stricti juris ut in bonæ fidei judiciis spectetur tempus condemnationis, ut terminus ad quem, litis verò contestatæ, ut terminus à quo (nam ita loquuntur DD.) Tempus enim condemnationis latius accipimus, unde si res ante sententiam extincta sit, æstimatur quanti fuit tempore interitus rei *l. 3. ff. d. Cond. trit.* in stricti verò juris judiciis spectatur tempus litis contestatæ, ut terminus à quo & ad quem. *l. 3. d. 2. ff. Commod. l. ul. d. Cond. trit.* Ratio differentiæ in promptu est, quia in bonæ fidei judiciis, quorum natura laxior est & liberior, *l. 7. ff. d. neg. ges.* judici integrum est admittere ea, quæ post contestatam litem, usque ad sententiam proponuntur. *l. 3. d. R. V. l. 38. d. pet. her. l. ul. eod. l. 3. ff. d. rescind. vend. l. 31 §. 20. d. Ed. Ed.* Contra in stricti juris judiciis actioni propositæ ita adstrictus erat iudex, ut nullius rei, nisi quæ formulæ erat inserta, rationem habere, nihilque, nisi quod expresse in iudicium deductum erat, adjudicare posset. Qui tamen strictorum iudiciorum rigor non obstat, quominus iudex ita possit temperare atque extendere officium suum, ut, cum res ipsa haberi non potest, condemnet in rei æstimationem, maxime cum & in stricti juris actione ex stipulatu litem quanti actoris interest, *l. 113. §. 1. d. V. O.* & in stricta actione ex testamento rem ipsam æstimet. *l. 73. d. Leg. 2. fac. l. 9. l. ul. ff. d. R. Vind.* licet non desint qui dissentiant.

VI. Cæterum, quod diximus in stricti juris actionibus, in quibus in litem juratur, respici tempus litis contestatæ, id ita, ut in superiori specie, accipe, nisi debitor ante fuerit in morâ: tum enim tempus moræ spectari, argumento sunt *l. 37. §. 1. mand. l. 9. verb. cum furtum fit, d. in lit. jur. l. 8. §. pen. d. cond. furt.* ubi, quia fur quolibet momento à tempore rei ablata moram facere intelligitur, res æstimatur, quanti unquam plurimi fuit: licet enim, auctore Papiniano in *l. 3. ff. d. usur.* rarò sine morâ ad iudicem perveniatur, aliquando tamen id fieri, testatum facit *l. 21. & seqq. ff. eod.*

VII. Jejunum autem est, quod quidam hîc objiciunt, in actione triticiariâ, quam stricti juris esse, gratis supponunt, spectari tempus condemnationis. *l. 3. d. Cond. trit.* Neque enim conditio triticiaria est stricti juris, nec specie differt ab aliis actionibus, sed est adjectitia qualitas nunc bonæ fidei, nunc stricti juris actionibus accedens,

dens, earumque naturam imitans. *fac. l. 1. ff. eod.* ita ut, si accedat iudicio bonæ fidei, spectetur tempus condemnationis, qui sensus est *d. l. 1.* Si verò adjiciatur stricti juris iudicio, ratio babeatur litis contestatæ, quo sensu accipimus *l. 4. ff. d. tit.* Ut hic subeat mirari iudicium Clar. Vinnii, qui *Illustr. Quæstion. l. 1. c. 32.* in rem tam evidenti amplius deliberandum putat. Sed de his hæcenus. De casu tertio videamus, cum æstimatio jure actionis seu obligationis petitur, ut si in stipulatum deducta sit, vel fidejussorem, quam fide suâ esse jusserrat, solvat pro principali debitore, ejusque pretium repetat; atque hac in specie considerari tempus contractus, explorati juris est, nec aliud sibi voluerunt Jurisconsulti in *l. 28. d. novat. l. 22. d. O. & A. l. 37. pr. ff. mand.* & tum non quæritur, creverit an decreverit æstimatio, sed in eam condemnatur iudex, in quam se debitor obligavit. *d. l. 28. d. l. 37.*

VIII. His ita de ratione temporis, quod spectandum in rerum æstimatione, expositis, reliquum est, ut cum Juliano videamus de loco, qui in pretio respiciendus est: *interrogavi*, inquit, *cujus loci pretium sequi oporteat?* Respondit, (Sabinus scilicet) *si convenisset, ut certo loco redderetur, quanti eo loco esset, si dictum non esset, quanti, ubi esset petitum.* Et hoc est, quod dicitur in *l. ult. ff. d. Cond. trit. l. 3. §. f. D. d. Act. emp.* Adeo ut res non obscura nullis opus habeat argumentis. Atque hæc de *Lege Vinum*; quod ut modice sumptum prodest, ita & nos in ejus Legis interpretatione modicos esse, & quantum sufficit, dicere satius est, quam multa alterius loci, & à quæstione præsentis prorsus aliena, ut solent ferè Interpretes in hoc capite esse prolixiores, in medium asserre.

C A P U T II.

Lex, Lecta. 40. ff. d. reb. cred.

Paulus lib. 3. Quæstionum.

I. **S**UMMA quæstionis, quæ in hoc capite deciditur, est, An pactum de forte, quæ antea simul & eodem tempore præstanda erat, per partes solvendâ, stipulationi fortis & usurarum in continenti adjectum, ita stipulationi insit, ut etiam obligatio usurarum

B

pro

pro ratâ pensionum divisa censeatur. Labet in hujus Legis, quam ob summam obscuritatem, quam plerorumque omnium DD. oculis offudit, *lectam*, at nondum *intellectam* vocant, genuinum sensum pressius inquirere. Audiamus JCtum: *Lectâ est*, inquit, *in auditorio Æmilii Papiniani*. Auditorium, licet etiam de scholis publicis usurpetur, proprie tamen est locus, in quo causæ aguntur, cognoscuntur & deciduntur. *l. 4. in f. d. lib. caus. l. 1. an per al. caus. app. l. 1. §. ult. ne de stat. def. sive à Principe, l. 11. d. min. l. 22. pr. ad. SC. Treb. l. 37. C. de Appel. sive à magistratu, ut hic à Præfecto Prætorio & in l. pen. ff. d. off. ass.* Nam Ius, postquam in Comitio seu Puteali Libonis reddi desuit, in auditoriis redditum fuisse, ut de Plinio & Quintiliano nihil dicam, abunde probat Tacitus, vel, quisquis est auctor, de Orat. cap. 39. ubi, *Quantum virium*, ait, *detraxisse orationi auditoria & tabularia credimus, in quibus jam ferè plurima causæ explicantur*? Hinc in *l. 41. ff. d. rec. q. arb. rec. Auditorium recipere*, idem est, quod sedere ad partes audiendas super re controversâ, ut recte ad *d. l.* explicat Mornacius.

II. *Præfecti Prætorio, Iurisperiti*: Papinianum nostrum, qui ob verborum ac sententiarum, quibus utitur, venustatem, summamque eruditionem, disertissimi & prudentissimi nomen summæque dignitates est consecutus, *l. ult. C. d. inst. & subst. l. 14. C. de Præd. & al. reb. min.* Præfectum Prætorio fuisse, fidem facit vetus apud Aldum Manutium in Ratione Orthographiæ pag. 449. inscriptio:

ÆMILIO. PAULO. PAPINIANO. PRÆFECTO.
PRÆTORIO. JCTO. QUI. VIX. ANNOS. XXXVI.
DIES. X. MENS. III. PAPINIANUS. . . . HO-
STILIUS. EUGENIA. . . . GRACILII. TURBA-
TO. . . . ORDINE. IN. SENIO. HEU. . . . PA-
RENTES. FECERUNT. FILIO. . . . OPTI-
MO.

III. *Cautio hujusmodi*. Cautio, quæ & epistola dicitur, *l. 5. §. 3. l. 24. ff. Const. pec.* nihil aliud significat, quam certam formulam & verborum conceptionem, *dd. ll. vel securitatem. l. 25. d. R. I.*

IV. *Lucius Titius scripsi* (verbum est solenne in cautionibus usitatum. *v. d. l. 5. §. 3. l. 24. d. constit. pec.*) *me accepisse à Publ. Mario quindecim mutua. i. e. quindecim denariorum millia*, ut ex sequen-

quentibus hujus Capituli verbis, *denarios tricenos*; colligere licet maxime cum eodem loquendi genere utatur Scævola in l. 88. §. 10. d. leg. 2. ubi procul dubio verba *denaria tria*, idem valent quod tria millia denarium. Eâ enim tempestate rationes ad denarios confici solitas fuisse tralatitium est, & probatur ex l. 26. §. 1. depos. l. 29. d. V.O. l. 126. §. 1. eod. l. 8. de Acceptil. aliisque, ex quibus etiâ constat, Jctos nostros verba *denaria & denarios* promiscuè usurpasse.

IV. *Numerata mihi de domo.* Idem est ac si diceret, ex arcâ; ut loquitur Scævola in l. 26. d. Const. pec. Sic Seneca Epist. 26. *Expectata pusillum*, inquit, & *de domo fiet numeratio*. Solebant enim Romani vel domi ex arcâ, vel de mensæ scripturâ (quoniam ad numerationem pecuniæ antecederet scriptura; Unde *rescribere* dicebant, pro, renumerare) pecuniam numerare. Donatus ad Terent. *Adelph. Act. 2. Scen. 4. v. 23.* Tunc enim in foro & de mensæ scripturâ magis, quam ex arcâ domoque, vel cistâ pecunia numerabatur. De mensâ autem numerare dicebantur, quia mensas seu tabernas argentarias, quas construxisse L. Tarquinius auctor est Dion. Halicarnassæus, in foro positas habebant, ad quas pecuniæ vel fœnoris causâ deferrebantur (unde Cicero *as circum foraneum* vocat, quod in tabernis istis fœnori sumptum erat) vel deponerentur sine fœnore, ut ob fidem publicam tutiore loco, quam privatis in ædibus essent, ut probat Ulpian. in l. 24. §. 2. d. Reb. aut. jud. unde Gajus eorum officium & ministerium publicam causam habere scribit in l. 10. §. 1. d. Edend.

V. *Et hæc quindecim proba* (solebant enim fere probos nummos promittere debitores) *recte dari* (formula est cautionum antiqua & vulgata, quam Ulpian. in l. 71. §. 1. d. V. S. sic explicat: *Hæc verba*, his rebus recte præstari, hoc significant, ne quod vel periculum vel damnum ex eâ re stipulator sentiret.) *Kalendis futuris.* (i. e. proximis, ne absurdus sit sensus. v. l. 41. ff. d. V. O.) *stipulatus est Publ. Mavins, spondeo ego L. Titius. Si die supra scriptâ summa Publ. Mavio, eive* (alii leg. *Sive*) *ad quem ea res pertinebit.* i. e. heredi, ut infra. Haloander legit: *Si ea die.* Fr. Hottomannus, Vir sane, quem, præter admirandam Juris Romani scientiam, inprimis sermonis puritas & elegantia pariter, vel ipsius magni Scaligeri judicio, commendat, legendum putat: *Si die suâ supra scriptâ*, ad idque utitur *arg. l. 122. d. V. O.* Ego, ut tanti Viri judicio & erudi-

tis plerumque emendationibus nihil non tribuo, ita promiscuis correctionibus textus, præsertim ubi nulla nos ad id movet vel ratio, vel MSS. Codd. auctoritas, temerare, secare, urere piaculum duco.

VI. *Data soluta satisve eo nomine factum non erit, tunc eo amplius* (i. e. supra seu præter sortem v. l. 54. d. leg. 3.) *quo post solvant* (Hottomannus legit *Quoad post*, ut sensus sit, si sortem non solvam, usuram ultra eam, quoad usque sortem integram persolvero, pendam; nec displicet emendatio ob verba sequentia. *Quoad tardius soluta &c.*) *pæna nomine* (ita appellat usuram, quæ sub non factæ solutionis conditione promissa erat. l. ult. d. eo quod cer. l. 90. d. V. O.) *in dies triginta &c.* i. e. mensem; facit l. 101. d. R. I. Veteribus enim usuras, non ut, nobis, in annos, sed in menses singulos pendere & exigere receptum erat l. 90. d. V. O. l. 8. §. 4. d. Transf. l. 26. depof. Hinc Horatio *tristes usura*, quod debitorem tristem efficiant. Satyr. 3. v. 86.

Qui, nisi cum tristes misero venere Kaienda.

& Epod. 2. v. 69.

Omnem relegit Idibus pecuniam, Quærit Kalendis ponere.

Ovid. lib. 2. Remed. Amor.

Qui Puteal, Ianumque timet, celeresque Kalendas,

Torqueat hunc aris mutua summa sui.

Hinc Kalendarium est occupatarum seu fœnori collocatarum pecuniarum codex, in quo patresfam. Kalendarum nomine præscripto debitorum nomine perscribebant, eique nonnunquam præponebant servum dispensatorem l. 41. ff. h. t. l. ult. ff. d. pecul. v. l. 41. §. 6. d. l. 3. l. 37. ff. d. aur. leg. l. C. d. compens. Unde conditio certi dicitur *actio Kalendarii* in l. 32. §. 8. & 14. ff. d. admin tut.

VII. *Inque denarios centenos, denarios singulos dari stipulatus est P. Mavius, sponendi ego L. Titius.* Denarius dictus est ab eo, quod denos æris valebat. Hinc, teste Prisciano, in libello de ponderibus, notari solebat per X. perscriptum, licet esset assium sexdecim (dissent. nonnulli), quemadmodum Sestertius dicitur, licet tantum sit assium quatuor. Cæterum si monetam Romanam ad Gracam redigas, vero simile est denarium respondisse drachmæ Atticæ, quod omnes denarii, qui hodie reperiuntur, ejusdem sint cum drachmâ ponderis, ut in appendendis & cum drachmâ conferendis denariis Schaligeri, Budæi, Cappelli, Snel-
lii;

lii; Agricolaë aliorumque experimenta planum fecerunt, multa-
que veterum testimonia, quæ hîc enumerare longum esset, con-
firmant. Atque hæc post Budæum & Vossium sententia quoque
est Viri Clar. & nostrâ deprædicatione longè majoris Joh. Fr.
Gronovii, in libro de Pecunia Vetere *Cap. vi.* Dissentiunt P.
Manutius & Hadr. Junius. Verum ego in præsentia hanc litem
meam non facio. Facilius denarios ad monetam Belgicam redigas;
cum enim denarius constet 4 Sestertiis, 20 autem sestertia Caro-
leum conficiant, bene subductâ ratione constat, denarios 5 valere
Caroleum.

VIII. Sed pergamus cum JCto: *Convenitque inter nos*, inquit,
uti pro Mavio ex summâ superscriptâ mensibus refundere debeam de-
nario: tricenos ex omni summa ei, heredive ejus. Quæsitum est de obli-
gatione usurarum (i. e. utrum integræ fortis, & ex die stipulationis,
an cujusque tantum pensionis, suâ die non solutæ, usuræ deberen-
tur) *quoniam numerus mensium, qui solutioni competebat, tran-*
sierat? Dicebam, quia pacta in continenti facta stipulationi inesse cre-
duntur, perinde esse, ac si per singulos menses certam pecuniam stipu-
latus, quoad tardius soluta esset, usuras adjecisset. Igitur finito pri-
mo mense, prima pensionis usuras currere. &c. Hoc opus, hîc la-
bor est, hæc sunt præcipua verba, quæ Damnatarum numero ad-
scripserunt hanc Legem, & crucem fixere Viris eruditis. Pacta
enim bonæ fidei contractibus in continenti adjecta inesse, tum a
parte rei, tum actoris (i. e. partem vel membrum fieri contractus,
cui adjiciuntur, ita ut actionem inde natam forment, seu modum
ponant actioni jam ex contractu partæ, ut vel in plus, vel in mi-
nus competat, quam ante pactum adjectum, & detur tam de
eo, quod pacto, quam quod ipso contractu actum est) secus
autem esse in contractibus stricti juris, tam certum videtur Juris
nostri principium, quam id quod certissimum. *l. 7. §. 5. ff. d. pact.*
l. 13. C. eod. l. 3. C. d. Usur. l. 11. §. 1. d. reb. cred. l. 99. d. V. O. Quod
tamen parum abest, quin per hæc verba plane incertum & du-
bium, ne dicam falsum reddatur, neque enim stipulatio, ut vel
dupondii norunt, est contractus bonæ fidei, sed stricti juris.
Communis fere DD. Schola hinc concludit, pacta in continenti
adjecta stricti juris contractibus æquè inesse ac contractibus bonæ
fidei, & id quod dicitur in *l. 7. §. 5. d. pact.* exempli tantum cau-
sa de bonæ fidei judicis referri, uti sæpe alias de bonæ fidei

contractibus affirmantur ea, quæ illis non sunt propria. Hanc autem fuisse Ulpiani mentem, mihi non fit verosimile ob alia juris nostri loca, & principia. Cujacius & Donellus, alique melioris notæ auctores hæc verba ita explicant, quasi dixisset Paulus: inesse quidem stipulationi pacta, sed ex parte rei tantum, adeoque non nisi ad exceptionem prodesse, quanquam, si propriè loquimur, inesse ex parte rei seu prodesse ad exceptionem, verè *inesse* dici non potest: pactum enim, etiam non adjectum contractui, tamen prodest ad exceptionem l. 7. §. 2. & §. 4. d. Pact. l. 15. *præscr. verb. l. 1. C. d. Pact. conv.* Hanc autem Cujacii responsionem refellit l. 4. §. 3. d. pact. Si enim insunt, ut inde constat, pacta, partem contractus faciunt; quod si verum est, actionem etiam formant.

IX. In quam sententiam, plurimis probatam, quo minus pedibus eam, prohibent verba hujus Legis sequentia: *Et si, ut ille putabat* (credibile est Paulum hic æmulum suum Ulpianum designare) *ad exceptionem tantum prodesset pactum* (quamvis sententia diversa obtinuerit) *tamen usurarum obligatio ipso jure non committeretur.* Quid? an dicemus Paulum Ulpiano contrarium? Ita contra majestatem juris Romani manifestam admittimus antinomiam. An Paulum dicemus malâ fide affirmasse Ulpiani sententiam improbatam fuisse, ut sæpe solent J Cti l. 18. d. reb. cr. l. 3. §. 5. d. acq. pos. ita parum reverenter mendacii insinulamur magnum J Ctum. An à Pauli parte stabimus? ita quidem vim inferre videremur principiis juris. Mihi, ut tandem in difficillimâ re, quod sentio, libere dicam, verior videtur media sententia Bacchovii ad Prot. tit. d. Pact. quique eum sequitur, Cl. Bockelmanni in Tract. d. Action. Cap. 3. part. 9. §. 18. Professoris quondam nostri charissimi, qui nuper cælo redonatus triste sui nobis desiderium reliquit, magnamque Jurisprudentiæ Romanæ totique Reipublicæ litterariæ cladem obitu suo imposuit. Distinguimus itaque inter contractus stricti juris, qui rei traditione perficiuntur, ut mutuum, cui non insunt pacta adjecta, nisi ex parte rei; & stipulationem, cui pacta in continenti adjecta inesse, affirmamus, tam ex parte actoris, quam rei, adeoque formare actionem ex stipulatu natam. Ratio differentiæ est, quia in contractibus, qui re ineuntur, pacto effici non potest, ut quis plus reddere cogatur, quam accepit. l. 17. pr. ff. d. pact. l. 11. §. 1. ff. d. reb. cred.

Nam

Nam quod in *l. 48. ff. d. pact.* dicitur, in traditionibus rerum quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum est, accipiendum est, non de pacto nudo, sed traditione munito, nec de eo, quod format actionem aliunde natam, sed quod parit actionem præscriptis verbis: Pacta enim adjecta dationibus factisque informibus faciunt contractum innominatum. Et, quod caput est, nusquam in hujusmodi contractibus talis pacto adjecto effectus tribuitur. Ut jam taceam, pacta adjecta plerumque concepta esse de casu, dolo, vel culpa, quæ difficilius locum habent in contractibus re constantibus *l. 11. ff. de reb. cr. Diff. Goed.* alique, qui mutuo quoque inesse pactum, & prodesse ad actionem contendunt, quos satis confutat *d. l. 11. §. 1. ff. ut necesse non sit*, pluribus eâ de re agere. Contra in stipulatione pactum inesse à parte actoris & rei, evincit tum ratio juris manifesta, ob summam affinitatem, quæ intercedit stipulationi cum pactis, ita ut dubitari videas, utrum Pactum, an stipulatio inita sit, *l. 7. §. 12. ff. d. Pact.* tum leges extra omnem dubitationis & exceptionis aleam positæ, ut nostra *L. lecta*, & *l. 4. §. 3. ff. d. Pact.* Nec Paulus hic ab Ulpiano in *d. l. 7. §. 5.* discrepat, cum is idem de stipulatione in *d. l. 4. §. 3.* affirmet, nedum ut contrarium pronunciet.

X. Et hæc ita, si pacta in continenti adjectantur: ex intervallo enim adjecta non inerunt, nec valebunt, si agat, inquit Ulpian, in *l. 7. §. 5. de pact.* Nisi pacta sint detrahentia, & de naturâ contractus. *d. l. 7. §. 6. l. 72. ff. d. Contr. emp.* Est autem hæc locutio nostris familiarissima, idem significans, quod illicitè, sine intermissione, ut in *l. 3. §. 9. ff. d. & vi arm. v. l. 135. §. 2. d. V. O. l. 3. C. d. Ed. Ed.* Continens enim idem est Latinis, quod junctum & contiguum. *l. 139. l. 154. l. 147. l. 99. §. 1. d. V. S.* Cæterum pacta in continenti, adjecta dicuntur non tantum quæ in ingressu, *d. l. 7. §. 5.* vel initio contractus, *l. 23 d. C. I. l. 5. C. d. Pact. int. emp.* sed & quæ statim sine intermissione, & antequam partes ad alia negotia diverterint, adduntur, quo pertinet vox *subsecuta*, in *d. §. 5.* Hinc in *l. 3. C. d. Edil. Ed.* & antecedens & secutum pactum inesse asseritur. Nec insolitum est verba in continenti *ἐν ᾠκείᾳ* & latius accipi. *l. 25. §. 4. d. Acq. her. l. 13. d. solut. l. 23. §. ult. ad. l. jul. d. adult.*

XI. Pergit Paulus: *Sed cum sorris peritio dilata sit &c. tamen usurarium obligatio non committeretur: non enim in mora est is, à quo pecunia pro-*

propter exceptionem peti non potest. Sensus est : etiamsi maxime concedatur , (*quanquam sententia diversa obtinuerit*) pactum stipulationi adjectum tantum prodesse ad exceptionem , tamen usurarum obligatio ipso jure non committetur. Ratio est : quia usuras peti , antequam fors peti possit , periniquum esset.

XI. *Si quantitatem quæ medio tempore &c.* Hæc verba nihil aliud sibi volunt , quam , si aliquid sub conditione stipulati simus & adjecerimus , ut , existente conditione , non modo res , ex. gr. ager , sed & fructus interea temporis , ex die factæ stipulationis percepti , nobis præstentur , petere ea omnia nos posse , ut latius explicatur in *l. 64. ff. d. V. O.* Quod ut in fructibus verum esse certum est , ita & de usuris affirmat , quia usuræ vicem fructuum obtinent *l. 34. ff. d. usur.*

XII. Vix possum mihi temperare , quin ad hujus Legis explanationem adjiciam , Franc. Hottomannum heic acerbe invehi in capitis hujus auctorem Paulum , eumque nunc miseræ ac nimis subtilitatis , nunc injustitiæ , nunc confidentiæ reum agere. Sed videtur mihi Vir Eruditissimus id dixisse potius , ut sententiæ suæ , usuras ex ratione Iuris Civilis non esse licitas , velificaretur , quam quod revera ita senserit. Certè , cum nihil hætenus in hoc textu deprehenderimus , quod vel injustitiam , vel confidentiam sapiat , id operam dabimus , ut Ictum nostrum ab omni injuria & calumnia vindicemus , adducti eo , quod noster Paulus alibi ait , Non oportere Jus Civile calumniari , neque verba captare , sed quâ mente quid dicatur , animadvertere convenit. *l. pen. ff. ad Exhib.*

C A P U T III.

Lex , Frater à fratre. 38. ff. d. condict. indeb.

Africanus lib. 9. Questionum.

1. **H**oc caput difficile & obscurum reddit tum ipsa res & argumentum longè subtilissimum , tum confusa ; perturbata , & proluxa Interpretum docendi ratio , in quorum responsis intelligendis & cum ipsa lege , quam , si Diis placet , quisque sive optimè explicasse videtur , conciliandis , Oedipo opus esset , & plus laboris exhaustiendum , quam in ipsa Lege interpretandâ. Cujus ve-
rum

rum sensum ut facilius assequamur, more mathematicis recepto, præmittemus axiomata quædam, seu certissima Iuris Romani principia, ex quibus deductum Africani responsum, licet quâvis Cruce intricatius videatur, longè erit facillimum.

2. Primum itaque supponimus, obligationem in genere esse vinculum juris, quo necessitate adstringimur ad aliquid præstandum. Quod Ius cum sit vel Naturale, vel Civile, vel Mixtum, triplex quoque ejus vinculum sit oportet. Unde obligationem dispecisci in Naturalem, Civilem, & Mixtam.

3. Naturalem deinde vocamus eam, quæ ex merâ æquitate naturali nascitur. *l. 95. §. 4. ff. de solut.* Civilem vinculum meri Iuris Civilis. Mixtam, quæ & sæpissime Civilis dicitur, vinculum juris Naturalis & Civilis simul, ita ut non tantum alios effectus non contemnendos, sed & actionem producat. *pr. I. d. Oblig.*

4. Naturalem dividimus in Efficacem & Inefficacem, quæ non quidem actionem, alios tamen non pœnitendo effectus parit. *l. 7. §. 5. ff. d. pact. l. 29. §. 2. d. cond. ind. l. 6. d. comp. l. 1. §. 7. d. const. pec.*

5. Unde & repetitionem indebiti soluti impedit. *l. 13. l. 64. ff. h. t. l. 6. §. ult. l. 16. §. 4. d. fidejuss. l. 10. de Obl. & Art.*

6. Inefficacem dicimus, quæ, solius æquitatis vinculo munita, nullum in Iure Civili effectum parit. *l. 25. §. 11. d. pet. her. l. 5. §. 15. ff. d. don. int. vir. ex ux.*

7. Civilis est vel Effectu plenior, quæ actionem parit, ut Obligatio Litterarum, Obligatio ex Iurejurando, ex Re judicatâ, ex Confessione in jure, *l. 56. d. re. jud.* Vel Minus plena, unde nata actio facile per exceptionem eliditur, ut obligatio ex negotio per errorem, dolum, metumve gesto, vel alio quovis, cui obest exceptio pacti de non petendo. *l. 3. §. 1. ff. d. Const. pec. §. 1. 2. 3. I. d. Except.*

8. Licet filiusfamilias ex omni causâ, si votum, *l. 2. §. 1. d. pollic. & mutuum*, obstante SCto Macedoniano, *l. 1. §. 1. t. ff. & C. ad SC. Mac.* excipias, obligetur ut paterfamilias, *l. 39. d. O. & A.* pater tamen filio vel filius patri civiliter non obligatur. *l. 5. l. 11. d. jud. l. 7. de O. & A. l. 15. §. 1. d. Peul.* Ratio est, quod, cum pater vitæ & necis omnisque adeo fortunæ filii jus haberet, *l. 11. ff. d. lib. & posth. §. 1. j. per quas pers. cuiq. Gell. lib. 17. c. 19. Dion. Halicarn. lib. 2.* nihil ei filius nec ipse filio promittere poterat

C

erat

erat quod non sibi per filium acquirat, atque ita & debitor sit & creditor.

9. Hæc ita, nisi filius bona castrensia, vel adventitia plena habeat. *l. 2. ff. ad SC. Mac. d. l. 4 d. Iud. l. 22. C. d. Collat. N. 117. c. 1. N. 18. c. 2.*

10. Ex eadem ratione nec frater fratri in ejusdem patris potestate constituto, civiliter obligatur, quicquid enim acquirunt, cedit patri, *pr. & §. 1. I. per quas pers. cuiq. acq.*

11. Et filius patri, & pater filio, & fratri frater recte naturaliter obligatur, & quidem eâ obligatione, quam suprà naturalem pleniorē seu efficacem diximus. Natura enim simplex est & aliena à figmento illo iuris Civilis, quo pater & filius, ob nexum & vinculum patriæ potestatis, pro unâ personâ habentur. *v. l. ult. C. de impub. & al. substit. l. 10. d. opt. leg.*

12. Nihilominus tamen filiusfamilias tam naturalem, quam civilem obligationem acquirit patri, ut ne momento quidem subsistat in ejus personâ. *l. 79. d. Acq. her. l. 1. pr. si à par. quis man. fac. l. 9. §. 3. l. 6. pr. d. pecul.* Unde Africanus filium, cui alter filius mutuam pecuniam dederat, debitorem patris vocat, in verb. *Filio eidemque debitori.* Nec movet, quod si, patri acquiritur obligatio naturalis filii, nunquam videatur pater naturaliter filio obligari posse, cum is eodem momento adquirendo obligationem & debitor esset & creditor, & tamen obligari dicitur in *§. 1. huj. leg.* nam acquiritur quidem naturalis obligatio patri, sed non intelligitur acquisita, quamdiu peculium manet apud filium, neque enim tum jure suo utitur pater. *arg. l. 4. pr. d. pecul. l. 37. §. 1. d. Acq. R. D.*

13. Confusione tollitur non tantum Civilis, sed & Naturalis obligatio, ut ait Noster in *l. 21. §. 3. ff. d. fidej. l. 71. eod. l. 95. §. 2. d. Solut.*

14. Confusio obligationis fit vel acquisitione hereditatis, cum debitor creditori heres extiterit, *l. 38. §. ult. l. pen. d. Solut. l. 71. d. fidej.* ita ut confundatur obligatio pro parte, pro qua heres est, *l. 7. C. d. Neg. ges.* vel acquisitione peculii, cum peculium debitoris ad creditorem peculiarem vel heredem ejus pervenerit.

15. Hereditas & peculium transeunt cum suo onere, adeo ut is, cui acquisitum est vel peculium vel hereditas, sustineat onus æris alieni & secum pensasse sibi solvisse intelligatur, etiamsi sit creditor peculiaris vel creditoris peculiaris heres. *fac. l. 47. §. pen. ff. d. pecul.*

Hac

Hac præmissâ velitatione videamus ipsam legem : *Frater à fratre*, inquit Africanus, *cum in ejusdem* (patris sc.) *potestate essent* (& singuli peculium haberent) *pecuniam mutuatus* (ex quo negotio tantum naturalem, non civilem obligationem inter fratres nasci, expeditum est, ex axiomate 4. & 5. & ex ipsa l. 38. §. 1.) *post mortem patris solvit*. (per errorem scil: nam qui sciens solvit vel civiliter vel naturaliter indebitum, donasse intelligitur l. 53. d. R. I. l. 2. C. d. fidej.) *quisitum est, an repetere possit? Respondit, utique quidem pro eâ parte, quâ ipse patri heres extitisset, repetiturum*. Fac fratrem Titium credidisse fratri Mævio, qui, cum post mortem patris solvisset, quod debebat, id quod solvit, conditione indebiti repetere potest. Licet enim fratri frater naturaliter obligetur, v. a. axiom. 10. & naturalis obligatio impediatur indebiti conditionem, l. 13. h. t. v. ax. 4. longe tamen alia hic ratio est, cum obligatio illa sublata & confusa sit: frater enim creditor totam obligationem patri acquisiverat l. 79. d. acq. her. l. 95. §. 2. d. Solut. v. ax. 6. quæ obligatio cum, defuncto patre, in fratrem Mævium debitorem, pro eâ parte, quâ heres erat, transierit, atque ita jus debitoris & creditoris in una personâ concurrerit, evidentissimum est ex axiomate I. pro parte, confusione sublata esse obligationem ex mutuo natam, d. l. 95. §. 2. Unde evincitur, cum mutuum jam redditum fiat indebitum, saltem pro eâ parte, quæ fratri debitori cessit, pro ea quoque parte conditione indebiti repeti posse. Quæ cum non observasset Franc. Hottomannus pro *repetiturum*, legit, additâ particulâ negativâ, *non repetiturum*; quæ temeraria Hottomanni correctio adeo Cujacio bilem movit, ut eum in *Tract. 2. ad Afric. ad hanc l.* ideo scuticâ dignum pronunciet. Pro eâ verò, pergit Jctus, *quâ frater* (sc: Titius creditor) *heres extiterit, ita repetiturum, si non minus ex peculio suo* (i. e. fratris debitoris) *ad fratrem* (i. e. creditorem) *pervenisset*. Quibus verbis id mihi visus est voluisse Africanus, Mævium fratrem debitorem pro parte, quâ ipse heres non est, non posse solutum, ut indebitum, condicere, nisi vel totum id, quod indebitum solverat Mævius, vel pars ejus ex peculio Mævii, post defunctum patrem, ad fratrem Titium creditorem, ut pars hereditatis paternæ (nam peculium profectitium mortuo patre in collationem bonorum venire, certum est, l. 12. C. d. Collat. l. 13. C. fam. eccr.) pervenisset; tum enim ait, fratrem Mævium condicere in domo, ut indebitum, posse. Rationem ipse addit Africanus: *Natura-*

lem enim obligationem, quæ fuisset, hoc ipso sublatam videri, quod peculii partem (fratris debitoris) frater (creditor) sit consecutus. Idem est, ac si diceret, participationem peculii sustulisse obligationem naturalem, quæ acquisitione hereditatis non nisi pro parte confusa fuerat. v. ax. 13. Omne enim onus obligationis peculiaris sequitur peculium, & is, apud quem est peculium, vel in solidum vel pro ratâ ejus, quod ex peculio possidet, tenetur de onere peculii. l. 11. §. 4. l. 27. §. ul. l. 29. l. 38. 7. ul. ff. d. Pecul. & hac l. §. 1. v. ex. 14.

Hæc ut clarius demonstret, sequentibus argumentis utitur Africanus: Adeo ut si prælegatum filio eidemque debitori id (i. e. peculium) fuisset, deductio hujus debiti à fratre ex eo fieret. Vis argumenti est, quod, cum onus peculii adeo peculio insit, ut, etiamsi fratri debitori suum peculium prælegatum à patre fuisset, frater tamen creditor deducere possit, quod sibi ex illo peculio debebatur, (peculium enim non intelligitur, nisi deductis iis, quæ patri fratribusque naturali ratione debentur, l. 2. §. 2. 3. l. 11. §. 6. d. Pecul. l. 30. pr. d. Act. emp.) multo magis peculium cum onere transeat ad creditorem, parte ejus fratri debitori non prælegata, & cessante favore ultimæ voluntatis. Onus autem peculii hac in specie aliter transire nequit, nisi, sublatâ obligatione naturali, repetatur solutum. Et quasi hæc rei probandæ non sufficerent, affert alterum argumentum: Idque maxime consequens esse ei sententia, quam Julianus probaret: Si extraneo quid debuisset, & ab eo (i. e. fratre debitore) post mortem patris exactum esset, tantum eum judicio familiæ exciscundæ recepturum à coherede fuisse, quantum ab his creditor actione peculii consequi potuisset. Igitur etsi re integra familiæ exciscunda agatur, ita peculium dividi æquum esse, ut ad quantitatem eius indemnitas à coherede præstetur. Porro eum, quem adversus extraneum defendi oportet, longe magis in eo, quod fratri debuisset, indemnem esse præstandum. Sensus est, fratrem, ad quem pars ex peculio fratris debitoris pervenit, teneri defendere & indemnem præstare fratrem debitorem, contra extraneum creditorem peculiarem, pro ratâ peculii, quod ad eum, ut coheredem, pervenit. Atque hoc illud est, quod Paulus in l. 18. §. 5. ff. fam. excisc. ex manifestâ juris ratione confirmat. Quæ si ita sunt, ut certe sunt, quanto magis frater debitor vel retentionem vel indebiti jam soluti conditionem habet, cum ipse frater, qui mutuum dedit, partem peculii fratris, cui mutuum

tuum dedit, successione accipit? Cujus consequentiæ ratio haud
quaquam obscura est: cum enim, ut diximus, frater teneatur
fratrem debitorem pro ratâ peculii indemnem servare contra cre-
ditorem extraneum, multo magis, cum ipse creditor est, ad id
tenebitur contra se ipsum; neque enim quis, salvo pudore, de-
trectaverit in personâ suâ, quod præstat in personâ alterius *l. 1. quod
quisq. jur. l. 31. mand. l. 9. §. 5. l. 59. d. Admin. tut. l. 44. d. pact. l.
15. si serv. vind.* Summa hæc est, quod obligatio naturalis non tan-
tum confusa sit acquisitione hereditatis pro parte debitoris, sed &
pro parte creditoris, acquisitione peculii. Atque hinc, si nihil ex
peculio fratris debitoris pervenerit ad creditorem, nihil condice-
re fratrem debitorem posse, ex eo manifestum est, quod nulla tum
fiat confusio, obstatque condicenti exceptio, si non debitum na-
tura fuit *l. 13. l. 64. ff. de cond. indeb.*

Nec est quod quis dicat, frustra esse totam hanc Africani disser-
tationem de subtilis hujus contributionis ratione, cum utriusque
fratris successione universum debitum confusum videatur, quo-
niam frater creditor, cum mutuum dederit, etiam habuerit pecu-
lium, cujus pars successione pervenit ad fratrem debitorem, atque
ita compensata videatur. Animadvertendum enim est, peculii,
tanquam universitatis separatæ, separatam rationem esse patrem
voluisse, nec ante obitum sententiam migrasse. Sed nec de onere
peculii fratris creditoris, cujus pars successione ad fratrem debito-
rem devoluta est, constat, ut onera utriusque peculii compensa-
ta esse, non nisi absurde dici possit.

Postquam dixisset de obligatione inter fratres, agit in §. 1. &
2. de eo, quod pater filiofamilias, vel filiusfamilias patri credide-
rat, adeoque de naturali obligatione inter patrem & filium. Si
itaque pater filio pecuniam crediderit, & filius deinde emancipa-
tus patri solverit, non repetet solutum, si nihil ex peculio apud
patrem remanserit. Ratio est, quod tum maneat naturalis obliga-
tio, quæ peculii redditione tolleretur. Quod ut probet, argu-
mento esse ait, quod extraneo agente intra annum de peculio (&
ita ablatur totum peculium) deduceret pater, quod sibi filius debu-
isset. Eam enim peculii naturam esse, supra evicimus. *l. 9. §. 2. l.
11. §. d. pecul.* Idemque juris est in casu contrario, si filius cre-
diderit patri, isque emancipato filio solverit: Nam hic quoque ma-
nere naturalem obligationem, eodem argumento probatur, quod, si

extraneus intra annum de peculio agat, etiam quod pater ei debuisset, computetur. Ratio consequentiæ est, quia id, quod deducitur, computatur, compensantur, naturaliter debetur. v. ax. 3. Eademque erunt & si extraneus heres exheredato filio solverit id, quod ei pater debuisset. Idem esse ait, si pater ipse solvat filio emancipato, si pater heres filio exheredato. Notandum autem, quod ait, extraneus heres filio exheredato. Quoniam tum naturalis obligatio patris ad heredem extraneum transmissa conditionem soluti impedit. l. 17. ad SC. Trebell. alias enim, si filio coheredi solvisset, pro parte repeteret solutum: dum enim & creditor est & coheres, succeditque patri debitori, pro parte confunditur obligatio. v. ax. 13.

Aque ita expedita est difficillima pariter & subtilissima Damnatæque Africani disputatio, qui in *§. ult. h. t.* agit de quæstione à superioribus prorsus alienâ, cui competat indebiti soluti conditio, si fidejussor legatino nomine datus solverit id, quod legatum est, deinde autem appareat legatum indebitum fuisse? & Africanus conditionem dat fidejussori, quod tum verum est, si suo nomine solvit, secus enim est si solvit nomine heredis, cui tum competere conditionem, docet Celsus in *l. 47. ff. d. cond. ind.*

C A P U T IV.

*Lex, Centum Capuæ. 8. ff. de eo quod cert. loc. dari op.
Africanus lib. 3. Quæstionum.*

I. **E**t hoc caput ingeniorum omnium hætenus velut quædam Crux fuit. Difficultatem nodo Gordio intricatiorem auget, tum quod hæc lex eum Jurisconsultum auctorem habet, cujus dicta oracula sapiunt: fuit enim & gravis & subtilis in scribendo Africanus, ut nulla fere sit ex cxxx. legibus ejus in Pandectas relatis, quæ non difficilis sit & perobscura, unde vulgo veteres Interpretes, *Africani lex est, id est, difficilis*; tum responsum Pauli in *l. 54. ff. locat. cond.* quod sententiæ Africani contrarium videtur. Quod si concedimus, manifestam admittimus antinomiam, à quâ, nisi committere velimus contra majestatem Juris Romani,

ni, religiose abstinendum est. Hinc in diversas & à vero longè alienissimas sententias à Doctoribus itum est, adeo ut vel septem diversas hujus loci explicationes Interpretibus extorserit dicta Lex 54.

II. Sed cum una sit & simplex veritas, una tantum ex tam densâ Opinionum silvâ vera sit oportet. Quam ut è tenebris eruamus, fac Titium, dato fidejussore, promississe centum stipulanti Mævio. Titius loco convento non solvit, alio itaque loco Mævius convenit fidejussorem (certum enim est fidejussorem etiam hac actione conveniri posse. *l. 2. §. 6. h. t. l. 49. §. 2. d. fidejuss.* de quo postea) actione de eo, quod certo loco; quæ datur, ei cui ex stricti juris judicio certo loco quid debetur, contra debitorem, ad id, quod interest, certo loco solutum non esse, quæ quovis loco institui potest, factâ commemoratione ejus loci, in quo dari debebat. *l. 1. ff. h. t. l. un. C. ubi id quod cert. loc.* Et hoc sibi volunt verba legis nostræ: *Ut si alibi, quam Capuæ petatur, arbitrariâ agi debeat.* Quæritur autem, an id, quod interest creditoris, dicto loco solutum non esse, præter sortem à fidejussore peti possit? Id quod negat Africanus, dum *Nec oportebit, inquit, quod fortè per reum steterit, quo minus tota centum Capuæ solverentur, obligationem fidejussorū augeri.* Idem est, ac si diceret, moram rei non augere obligationem fidejussoris. Ratio in promptu est: quia mora cuique sua, non alteri nocere debet. *l. 173. §. 2. d. R. I.* & quia obligatio fidejussoris est stricti juris.

III. Unde tanquam confectarium deducimus, non ante fidejussorem conveniri posse, quam cum & reus, *arg. l. 1. §. 6. h. t. l. 73. ff. d. V. O.* & ipse fidejussor, in locum conventum venire potuerit. *l. 39. §. 2. ff. d. fidejuss.* Non obstat, quod cum olim fidejussor, etiam non interpellato reo, conveniri potuerit, hoc quoque in casu ab moram rei conveniri posse videatur: in hac enim quæstione ponendi sunt, ut cum DD. loquar, termini habites, & distinguendum inter moram simplicem, vel quamcunque emanfionem, sine quâ fidejussorem conveniri non posse, asserimus, & inter moram veram, vel, si mavis, frustratoriam dilationem, quæ ita à reo abesse potest, ut tamen fidejussor sit in morâ, nam etiam tum, cum reus ex justâ causâ in dictum locum pervenire non potuit, locus est huic actioni arbitraria. *l. 1. ff. h. t.* atque hinc constat, illos abuti lege 49. §. 1. ff. d. fidejuss. qui
fide-

fidejussorem solum in morâ esse posse, ubi non concurrit mora rei, negant.

IV. Sententiæ Africani, moram rei non augere obligationem fidejussoris, obstaret id, quod dicitur in *l. 24. §. 1. ff. d. Usur.* fidejussorem, qui fide suâ esse jusserat & sortem & usuras, ob moram rei teneri ad usuras, adeoque hoc nomine obligationem ejus augeri; nisi huic difficultati prospiceret ipse Africanus noster & diversissimam usurarum & Interesse (quod hac actione petitur) rationem esse assereret, atque adeo perperam ab his ad illud inferri. Ait enim: *Nec oportebit, quod sorte per reum steterit, quo minus tota centum* (ergo nihil adhuc solvit reus) *Caput solverentur, obligationem fidejussoris augeri.* (i.e. etiamsi fidejussor post moram rei acceptus sit, pleniorum ejus obligationem non fieri, quam si ante moram acceptus esset) *neque enim hac causa* (i.e. hæc species, ut loquitur Ulpianus in *l. 1. ff. d. agn. & al. lib.*) *rectè comparabitur obligationi usurarum, ibi enim duæ stipulationes sunt, (una sortis scilicet, altera usurarum) hic autem una pecuniæ creditæ est: circa cujus executionem, æstimationis ratio arbitrio judicis committitur.* Rem hanc fuisse controversam, verba Africani indicant, dum accurate respondet iis, quæ in contrarium adducuntur. Sensus est, teneri quidem fidejussorem ex morâ rei ad usuras, sed tum, cum se & sortis & usurarum nomine obligavit. Quo casu tam usuræ, quam ipsa fors ab eo, actione ex stipulatu peti possunt; inde autem non rectè induci & inferri eodem modo Interesse ob moram rei peti posse: Neque enim Interesse in stipulatum est deductum, quare non actione ex stipulatu petitur, sed officio vel arbitrio Iudicis præstatur, quæ immane quantum differunt: multum enim interesse aliquid sit in obligatione, an in officio vel arbitrio Iudicis, probant *l. 58. pr. ff. ad SC. Treb. pr.* ibi; *usura quæ vel in obligatione vel in officio judicis fuerunt. l. 54. ff. locat. l. 49. §. 1. ff. d. act. imp. l. 43. ff. d. usur.* ubi Papinianus: *nec quicquid judicis potestati permittitur, subicitur juris necessitati.* Argumentum differentię inter Usuras & Interesse manifestissimum affert ipse Africanus, ejusque differentia manifestissimum argumentum esse puto, quod si post moram factam pars pecuniæ soluta sit, & reliquum petatur, officium judiciale esse debeat, ut æstimet quanti actoris intersit, eam duntaxat summam, quæ petitur, Caput solutam esse. id est, Sorte solutâ amplius peti Interesse (quod Paulus in *l. ult. ff. h. r. pœnam* vocat) non potest, usuræ autem in stipulatum deductæ pos-

possunt, quod licet ab Africano non exprimat, subintelligi tamen debere, evincit *l. 75. §. pen. d. V. O. l. 1. C. d. judic. d. l. ult. i. fin. ff. h. t.*

V. Nec protritum illud & vulgare dictum, *mora rei fidejussori nocet*, *l. 88. l. 49. ff. d. V. O. l. 58. §. 1. d. fidej.* tanti est, ut ideo vadimonium deferendum sit: non enim simpliciter, sed cum grano salis hæc verba accipienda sunt, ut non ad omnem, nec ad augendam, sed ad perpetuandam obligationis effectum vera sint, ut videlicet, licet, post moram debitoris principalis, res debita perempta sit, fidejussor non liberetur à nexu obligationis, id quod affirmat Paulus in *l. 58. §. 1. ff. d. fidej.*

VI. Verum enim vero benè nobiscum ageretur, si hæc esset unica fundi nostri calamitas. Graviore turbas exciravit *l. 54. ff. locat. cond.* Cum enim Africanus usuras non inesse in obligatione, neque adeò officio judicis præstari, & fidejussoris obligationem non augeri affirmet, utrumque in *d. l.* negat Paulus. Cui hîc fidem habebimus? Utrique: neque enim, benè subducta ratione, dissentiant hi JCTi, cum versentur in diversis terminis. Paulus loquitur de judicio bonæ fidei, locatione. scilicet; Africanus de judicio stricti juris (ex quo tantum, non etiam ex judicio bonæ fidei, nasci hanc actionem de eo quod certo loco, certum est. *l. 2. §. 1. l. 7. ff. h. t. l. 7. ff. neg. gest.*) in bonæ autem fidei judiciis usuræ secundum naturam actionis sunt adjudicandæ, permittente id liberiore judicis in bonæ fidei judiciis potestate.

VII. Moveri hîc posset illa difficultas, quod, cùm fidejussio fiat per stipulationem, adeoque sit stricti juris, non videatur ob naturam contractus bonæ fidei, cui accedit illa stipulatio, actio inde incompetens extendi seu variari posse: nam fidejussor non actione locati, sed actione ex stipulatu convenitur. Sed respondeo, JCTum in *d. l. 54.* dicere fidejussorem teneri, qui accessit contractui, ex quo secundum naturam actionis usuræ debentur. *v. l. 68. §. 1. ff. d. fidej. l. 2. §. pen. ult. ff. d. administr. rer. ad civ.* Deinde Paulus ideo ait fidejussorem in usuras teneri, quia omnem conductionis causam fide suâ esse jussit; quo casu usuræ à fidejussore debentur, non ob moram rei, sed ex sua promissione & stipulatione creditoris, ita ut *d. l. 54.* & si quæ sunt id genus aliæ, ut *l. 10. ff. rem. pup. saly. for.* prorsus ad præsentem quæstio-

D

nam,

nem non faciant, ubi non de stipulatione, sed de morâ quæritur. Africanus autem de eo fidejussore loquitur, qui non nisi pro sorte se obstrinxerat, *ibi enim duæ sunt stipulationes*, inquit, *hæc una pecuniæ creditæ*. Præterquam quod, cum hæc actio adjectitia qualitas sit actionis stricti juris, usuras in eam non venire, nisi expresse in stipulatum deductas, docent Imperatores Severus & Antoninus in l. 3. ff. C. d. *usur*.

VIII. Summa hûc redit, obligationem fidejussoris non augeri morâ rei, nisi appareat fidejussorem etiam se vinculo obligationis obstrinxisse, nomine ejus, quod interest. Cæterum in terminandâ hac difficillimâ quæstione duæ ad partes vocandæ sunt distinctiones. 1. An fidejussor simpliciter intercesserit, an pro certa quantitate. 2. An accesserit contractui, ex quo usuræ secundum naturam obligationis debentur, an minus, quæ distinctiones non obscure probantur per l. 68. §. 1. ff. d. *fidej. l. 2. §. pen ult. ff. d. Adminis. rer. ad civit. pr. l. 5. C. d. Pact. int. emp. v. Duaren. ad Tit. d. eo quod cer. loc. cap. 4. Cujac. Tractat. ad African. 3. Coras. Miscellan. lib. 2. c. 13. Bacchov. ad Treutl. vol. 1. Disp. 23. Th. 5. lit. D. E. Plura de hujus capitis sensu adjicere vetat instituti ratio, &, nisi fallor, res expedita est.*

C A P U T V.

Lex, Cum Societas. 69. ff. pro Socio.

Ulpianus lib. 32. ad Edictum.

I. **D**E sensu hujus capitis desperarunt Viri Gravissimi Eruditissimique, Damnatæque adeo est & inter Juratorum Cruces relata. Nos, licet difficillimam esse hanc Legem fateamur, non tamen desperamus. Verba sunt Ulpiani in lib. 32. ad Edictum: *Cum societas ad emendum coiretur, & conveniret, ut unus reliquis nundinas (id est, epulas) præstaret, eosque a negotio dimitteret, si eas eis non solverit, & pro socio & ex vendito cum eo agendum est.* Discutiamus hanc nubem, & Ulpianum nostrum ab omni absurditate liberemus.

II. Primum, quod hîc Interpretes exercuit, est phrasis illa: *Nundinas,*

dinas, id est, epulas præstare. Nundinas dictas esse quasi novendinas, certum est: Solebant enim Rustici, postquam octo diebus opus in agris fecissent, nono quoque die Urbem repetere ad mercatum, ut de legibus certiores fierent, & frequentiore populo scita atque consulta ferrentur, quæ ideo trinundino die, id est, tertiis nundinis (tres enim quoque mense nundinæ habebantur) promulgari mos erat. Hinc Macrobius *l. 1. Saturnal. c. 16.* nundinas rusticorum ferias vocat. Atque hæc, nisi vehementer fallor, extra omnem controversiæ aleam sunt posita. Verum *nundinas* significare *epulas* nusquam scriptum pictumve est. Et tamen in hac lege Ulpianus, quo nemo quisquam, unum Alfenum si excipias, elegantius Latine locutus fuit, sic explicat verbum *nundinas*. Viri Eruditi, dum vident hoc verbum illo sensu à purioris ævi auctoribus sic non usurpari, lectionem hujus capituli suspectam habent, & Florentini Codici auctoritatem elevant. Hinc videas alios legere, *Nundinarias epulas*, alios non *epulas*, sed *empolas*. Alios *per nundinas epulas*, alios aliter, sed omnes sine ratione & meliorum Codd. fide. Nec probamus Hugonis Grotii in *Florum Sparsione* conjecturam, dum legit *IIII dianas*, id est, *quatridianas epulas*. Nobis, licet aliorum auctorum testimonis deficiamus, unius Ulpiani sufficit auctoritas, quem hîc improprio dicendi modo & metonymia subjecti pro adjuncto usum fuisse existimamus, quomodo non semel melioris notæ scriptores locutos fuisse constat. Sic Virgilius dixit *accipere noctem oculis & pectore*, id est, somnum. Sic Papinius Statius *noctem exturbare* dixit, pro *somnum nocturnum*. Ita enim lib. 10. Thebaid.

*Talia vociferans noctem exturbabat, eumque
Non secus accensi proceres &c.*

Quod lib. 1. vers. 420. sic explicat:

----- *Quisnam implacabilis ardor
Exturbare odiis tranquilla silentia noctis?*

Alia exempla in medium proferrem, nisi res clara esset & certa. Sic hodieque Belgæ dicimus *alicui nundinas, vel novum annum dare, emerre*. Id est, munus in nundinis, vel auspiciis ineuntis anni, sîenæ loco.

III. Altera intellectu difficilis locutio est, à *negotio dimittere*. Clariss. Salmasius textui vim infert, legitque *ad negotium*, id est, *negotium, dimitteret*. Sed frustra, ineptum enim esset pactum societa-

ti, ad emendum contractæ, adjectum, ut unus reliquos ad negotiandum dimitteret, tantumque adeo abest, ut hæc correctio, quæ nullâ MSS. Codd. fide firmatur, faciat ad capitis hujus intellectum, ut genuinum ejus sensum corrumpat potius & obscurer. *Minime sunt mutanda*, inquit Paulus, *quæ interpretationem certam semper habuerunt. l. 23. ff. d. legib.* Rectius itaque, si quid hic est judicii mei, hæc verba: *eosque à negotio dimitteret*, ita interpretamur, quasi dixisset Jctus: ut unus socius reliquos liberos atque immunes præstaret à sumptu & obligatione epularum, quas consumpserant, atque ita eos à negotio illo dimitteret, quo sensu passim accipitur verbum *dimittere*. Ita Gajus in *l. 158. d. R. I. Creditor, qui permittit rem venire, pignus dimittit*. Ipse Ulpianus noster in *l. 4. pr. ff. d. decret. ab ord. fac. Ambitiosa decreta decurionum rescindi debent, siue aliquem debitorem demiserunt, siue largiti sunt*. Sic & versâ vice creditores dicuntur dimitti à debitoribus, qui solverunt, & se ab obligatione liberarunt. *l. 10. ff. q. in fraud. cred. l. 16. p. pot. in pign. l. 38. d. leg. 3.*

IV. Pergit Jurisconsultus: *Si eas eis non solverit, & pro socio, & ex vendito cum eo agendum est*. Non sum nescius Glossam, quique eam sequuntur, legere *ex empto*. Quod cum sit contra Florentini Codicis fidem, nec, quod caput est, Crucem tollat, cur de lectione certâ & receptâ vel latum unguem recedamus, nihil est. Nec minus falluntur, & in certissima Juris Romani principia committunt, qui hic actionem venditi dant ipsis reliquis sociis contra socium, qui epulas promisit: Actionem enim venditi tantum dari venditori contra emptorem, dupondiis notum est: est enim actio in personam, utpote nata ex obligatione, quam parit contractus emptionis, neque adeo contra aliam, quàm ex illo contractu obligatam, personam competit. *l. 3. l. 25. ff. d. obl. & act. §. 1. I. d. act.* Neque hîc fingi potest, venditorem cessisse actionem suam sociis, nisi velimus, contra manifesta Legis nostræ verba loqui, in quâ altum de cessione illâ silentium. Alii actionem venditi dant venditori mercium, contra socium, qui epulas promisit. Alii aliis; sed ut illis suas opiniones relinquamus, existimamus actionem venditi hîc competere tum venditoribus mercium ad illarum pretium, tum venditoribus epularum ad epularum pretium, contra socium, qui epularum præstationem in se receperat: Ratio est, quia reliqui socii & merces & epulas emendo hunc socium obligare potuerunt,

ex

ex communi regulâ, quæ docet, socium socios ære alieno obligare posse, si in arcam communem pecunia versa sit, & expresse in causam societatis credita. *l. 27. l. 82. ff. pro soc.* Actionem autem pro socio damus sociis contra socium, epularum promissorem, ad id, quod interest, epulas promissas solutas præstitalque non esse, idque vi pacti, societati incontinenti adjecti. *l. 7. §. 5. ff. d. pact.* quale pactum nec actionem præscriptis verbis, nec conditionem ex lege parere, sed formare actionem ex contractu, cui adjectum est, competentem, evidentius est, quam ut probari debeat. *v. l. 79. d. act. emp. l. 4. d. L. Comm. l. 6. d. in diem addic.* Nec putandum est, quia utraque, tam pro socio, quam ex vendito actio est rei persecutoria, *§. 17. I. d. Action.* ideo, unâ institutâ, alteram consumi, ut nonnulli credunt, abutentes *l. 43. d. R. I. & l. 57. ff. eod.* Neque enim hæ actiones, ut diximus, competunt ejusdem rei nomine, neque eidem personæ, quod tamen requiritur, ut prohibitus censeatur actionum concursus. *d. l. 43. l. 14. §. pen. ff. d. except. rei jud.* Adeo ut potius hîc valeat regula, quod, quoties plures actiones ad diversas res petendas competunt, alia aliam non consumat. *§. ult. I. si quadrup. paup. fec. l. 130. d. R. I. l. 1. C. quand. civ. act. crim. præj.* Sed quid attinet plura dicere, ubi ipse Ulpianus dicit, *& pro socio, & ex vendito agendum est.*

V. Atque ita, omnibus cum ratione ad Iuris Romani principia atque analogiam exactis, nulla superest difficultas *nisi hac, quod* (ut hîc utar verbis Cl. p. m. VIRI JOH. FRED. BOCKELMANNI) *nulla sit difficultas in re, quæ viris gravissimis visa est difficillima,* adeo ut eximius & maximi ingenii ac judicii Jurisconsultus Cujacius ingenuè fateatur, sibi, à quo tempore Iuri Civili operam dare cæpit, nullam Legem visam hæc difficiliorem, nullam se diutius torsisse.

CAPUT IV.

*Lex, Periculi pretium, 5. ff. d. Naut. fœn.
Scaevola lib. 3. Responsorum.*

I. **F**ranciscus Hottomannus lib. 5. Obs. 28. adeò se, ut hujus capitis genuinum sensum perciperet, torfit, ut vel decem correctiones ad partes vocaverit in unâ nec prolixâ nec ita, ut videtur, obscurâ Lege *periculi pretium*. idque (si ita loqui liceat de Coryphæo Jurisconsultorum) non sine periculo erroris.

II. Videamus an nos, plerisque his emendationibus nuncium mittentes, tum lectionem, tum rationem hujus capitis defendere & à dissentientium prævaricatione vindicare possimus. Illis, quæ supra in Legis *lectâ* interpretatione diximus, & Legi 3. *C. d. usur.* consequens est, usuras ex pacto in stricti juris judiciis non deberi. Cujus regulæ exceptio non tantum est in pacto stipulationi adjecto, sed & in pactis legitimis, quæ lege aliquâ speciatim confirmata sunt; ut vim producendi actionem, quam ante non habebant, à iure vel Civili vel Prætorio accipiant, inter quæ jure merito refertur etiam pactum de pecuniâ *trajectitiâ* seu nautico fœnore. *l. 5. §. 1. l. 7. ff. d. naut. fœn.* (quod est usura, quæ debetur pro pecuniâ *trajectitiâ*, periculo creditoris, trans mare vehendâ. *t. t. ff. h.*) Nec mirum, cum & alia singularia, & à præscripto communium regularum aliena, in hac usurâ observentur, veluti quod fors sit periculo creditoris, ex eo tempore, quo navem navigare convenit, *l. 3. 4. 6. ff. h.* quod creditor, ut pretium periculi, stipulari possit usuras centesimas. *l. 1. C. h. t. l. 26. §. 1. C. d. usur.* quæ tamen, periculo cessante, ad usurarum popularium & communium modum rediguntur. *d. l. 1. C. l. 4. ff. h.*

III. Idque in pecuniâ *trajectitiâ* tam est certum, quam id quod certissimum. Dubitatur autem idemne, ob incertum conditionis eventum, iuris sit in aliâ pecuniâ non *trajectitiâ*, cujus tamen periculum creditor in se suscepit. Id quod non obscure affirmat Scaevola, in L. nostrâ, dum *Periculi*, inquit, *pretium est*, i. e. ut in fœnore nautico usuras maximas stipulari licet, ita & in

in aliis casibus incertis, in quibus periculi plenus labor exhauriendus est, debetur, quod ultra legitimum usurarum modum promissum est; quod Scævola hic *periculi pretium* vocat, eodem sensu, quo Tullius, alique optimæ notæ auctores dixerunt *opera pretium*, *pretium curæ*, ut ait Plinius. Ita Tacitus dicit *pretium, pro opera pretium*. l. 20. *Annal.* & in vitâ Agricolæ: *Bonæ tantum conscientiæ pretio ducebantur.*

IV. Pergit Jurisconsultus: *Et si conditione, quamvis pœnali, non existente, recepturus sis, quod dederis, & insuper aliquid præter pecuniam.* Et dicit *pro etiam*, ut testatum faceret, se id, quod de nautio fœnore certum est, producere ad casus similes, ut videlicet certâ conditione seu pœnali seu aliâ negotio dubii eventus adjectâ, non existente, sortem cum usuris gravioribus, tanquam periculi pretio, recipiat is, qui dedit, conditione autem existente damnum fortis sustineat. *Si modo in aleæ speciem non cadat:* aleæ enim lusus cum maximi detrimenti, quod inde sæpe Respublica incurrebat, causa esset, gravissime & severissime prohibitus est tum Senatusconsulto, l. 3 d. *Aleator.* tum Edicto Prætoris, l. 1. pr. & §. ult. l. 2. ff. *eod.* tum Constitutione Justiniani, l. ult. C. *eod.*) *veluti ea, ex quibus conditiones nasci solent.* Quibus verbis Jurisconsultus docet, non alia negotia periculi pretium admittere, quam quæ in aleæ speciem non cadunt, qualia esse ait, ex quibus *conditiones* nascuntur. Nemo non videt legendum esse *conditiones*, i. e. actiones in personam. §. 14 I. d. *action.* conditiones enim non *nasci*, sed *adjici* dicuntur. Præterquam quod ipse Jurisconsultus proponat species conditionum adjectarum, ex conditionum autem causa nasci conditiones, non nisi ineptissime dici possit. Hinc in negotiis, quibus adjiciuntur conditiones, quæ ab illic to aleæ lusu pendent, periculi pretium, vel usuræ graviores exigere nequeunt, neque enim inde actiones in personam nascuntur. l. ult. §. 1. *quar. rer. act. non. det.* l. 19. §. ult. d. *probat.* Ita ut hic non possimus facere cum Clarissimo Salmasio, qui, violentas manus textui inferens, legit sublatâ negatione, *Si modo in aleæ speciem cadat.*

V. Ut rem hanc ornatiorem faciat, & illustret J Ctus, exemplis nonnullis utitur, & primo quidem conditionis pœnalis licitæ. *Ut si manumittas, si non illud facias.* Cujacius & Hottomannus ex Basilicis addunt negationem, *si non manumittas*; verum nihil obstat, quò minus stemus ab antiquâ & receptâ lectione. Sed, dicet
for-

forte aliquis, non videntur hæc exempla conditionis pœnalis licita, quia non videtur periculi pretium esse in illis, quæ in arbitrium alterius conferuntur. Huic dubio ut satisfaciam, respondeo facile contingere posse, ut servus forte absens, vel dominus ipse præmoriatur, aliudve eveniat, quo minus id, quod recipimus, præstemus, adeoque subesse in his casibus eventum satis dubium & incertum.

VI. *Si non convaluero, & cetera.* Ut dicti casus fiant evidentiores, fac Titium Sejo dare centum aureos, ut manumittat, ut aliquid faciat, ut ejus curâ atque operâ reconvalescat, eâ lege, ut si manumiserit, vel fecerit, vel ejus curâ reconvaluerit Titius, nihil restituat; sin minus, reddat id, quod accepit, cum usuris gravioribus, tanquam periculi pretio, ad quas datur Titio condictione sine causâ, vel condictione causâ datâ, causâ non secutâ. Hic iterum nobis res est cum Clarissimis Viris Cujacio, & Hottomanno, qui negant conditionem dati competere, nisi in eventum contrariæ conditionis, *si non convaluero*, id est, si mortuus fuero, atque ita conditionem tribuunt non ipsi danti Titio, ut Scævola noster, sed vel heredibus defuncti Titii, vel medico, qui morbum curavit. Sed sine ratione, & lege, imo contra hanc Legem. Cum enim JCtus de ipso dante loquatur, non de heredibus (quibus tamen conditionem competere, si ipse Titius vivus non egerit, ex communibus regulis notum est) vel medico, nulla nos vel ratio vel necessitas urget, ut in Lege nostrâ supponamus agi de eo, qui vitio morbove lethali laborat: quid enim si surdus quis sit aut mutus, quid si pruriginosus, quartanâ laborans, & medicus frustra fuerit, conditionem ægro dari, ad id quod accepit medicus, ut id omne cum usuris gravioribus reddat, certum est. Atque hæc quoque sententia est Eximii & Clarissimi Viri D. JOHANNIS VOET, Professoris mei, de studiis meis plurimum meriti, cui maximam, quæ est in me exigua, jurisperitiæ partem acceptam me ferre, tum fateor lubens, tum fateri me posse solidè gaudeo.

VII. Dicto exemplo, *si non convaluero*, non obstat, quod ibi mera videatur esse alea, cum tamen JCtus non admittat negotia, quæ in aleam cadunt: Notandum enim est, in hac Lege per aleam intelligendum ejusmodi incertum eventum, qui neutrum contrahentium concernit, ut si Ludovicus Imperator fuerit, si hic aut ille

UXO-

uxorem ducat, in hac autem aliisque speciebus conditiones versantur circa ipsos contrahentes, eosque afficiunt & concernunt, quod non tantum in hoc, sed & maxime in illo piscatoris & athletæ exemplo manifestum est, *Nec dubitabis*, inquit, *si piscatori erogaturo in apparatus plurimum pecuniæ dederim, ut si cepisset, redderet: & athleta, unde se exhiberet, exerceretque, ut si vicisset, redderet.*

Exemplum piscatoris pendere à fortuna certum est, non tamen ideo in aleæ speciem cadere, nemo negat. De athletâ quod dicitur, incidit quidem in aleam, sed honestam, sed licitam, & ex quâ nasci conditionem, evincit *l. 17. §. ult. præscr. verb. l. 57. l. 63. l. 108. d. V. O.*

C A P U T VII.

*Lex, Gallus Aquilius 29. ff. d. Lib. & Posthum.
her instit. vel exhered.*

Scævola lib. 6. Quæstionum.

In diffuso & difficillimo hoc Capite occupatur Ictus quæstione illâ longè maximi momenti, de institutione nepotum aliorumque postumorum. Quæ quam intricata sit disputatio, quam non nodum in scirpo quæram, dum in hujus Crucis sensum diligentius inquirō, manifestum erit inspicienti ingentem super hac Lege commentationum silvam Bartoli, Baldi, Jasonis, Cyni, Castrensis, quique his omnibus palmam si non præripiunt, certè dubiam faciunt, Antonii Goveani, & Fr. Duareni, quorum nos vestigia legentes operam quoque nostram ad loci hujus explicationem conferamus.

II. Auctor formulæ, quam interpretatur Scævola, est ille Gallus Aquilius, cui in disciplinam se tradidisse fertur Servius. *l. 2. §. 43. ff. de O. I.* qui Gallum maximæ apud populum auctoritatis fuisse affirmavit. *d. l. 2. §. 42.* quod facile apud omnes merebitur fidem, cum absque hoc esset, vix ac ne vix quidem omnes cives tam arcte ad sui observantiam obligassent formulæ ejus; neque enim hâc tantum, sed & multis aliis id genus formulis Arti Juris Civilis

E

in-

instaurandæ operam dedit. Hinc Aquilianæ stipulationis formula, hinc actio seu formula de dolo, quam *malitiarum omnium everriculum* vocat Cicero *lib. 3. d. Nat. Deor.* hinc aliæ originem suam debent Aquilio nostro.

III. Animadvertendum enim est, Jurisconsultorum Veterum munus non solum versatum fuisse in respondendo de jure, aut in interpretando, sed & maxime in cavendo, & formulis concipiendis, ita ut formularum componendarum gratiâ sæpe adirentur Jurisconsulti, ut de A. Cællio refert Valer. Max. *lib. 1. cap. 12.* & Cicero *lib. 1. d. legib.* *Quamobrem*, inquit, *quo me vocas, ut stipulationum & judiciorum formulas componam?* Hinc tot cautionum à Jurisconsultis inventarum exempla apud M. Vatronem, hinc leges seu pactiones Manilii, qui formulas conscripsit de quibuscunque contractibus, hinc Quintilianus *lib. 12. c. 3. Inst. Orat.* Jurisconsultos Formularios vocat & Leguleios. Mirum itaque non est tum aliis formulis, tum huic longe utilissimæ componendæ incubuisse Gallum; qui hic legem non tulit, sed ostendit; neque enim putandum est, aut Galli Aquilii, aut aliorum ejus tempestatis Jurisconsultorum eam fuisse potestatem, ut leges rogarent, quanquam responsis eorum legum auctoritas tributa sit Constitutionibus Principum, & præcipue Theodosii Junioris. *§. 8. l. d. jur. nat. Gent. & Civ. l. uu. C. Theod. d. Respons. prudem.* Vide Jacobi Rævardi, de auctoritate Prudentium, librum singularem.

IV. Verum ut, hisce præmissis, ipsi rei tractandæ accingamur, Posthumum, vel, si quis Grotio, Cujacio, & Ægidio Menagio auctoribus uti malit, postumum vocamuseum, qui vel proprie postumus & est & dicitur, qui scilicet post mortem parentis nascitur, quasi post humatum patrem natus, (humationem enim vetustissimum sepeliendi ritum fuisse, ut de aliis taceam, testis est Tullius *lib. 2. d. Legibus*: *Ac mihi quidem*, inquit, *antiquissimum sepultura genus fuisse videtur, quo apud Xenophontem Cyrus utitur. Redditur enim terra corpus & ita locatum ac situm, quasi operimento matris obducitur.*) vel qui improprie & secundum quid postumus dicitur, nimirum quod effectum rumpendi testamentum attinet, qualis est Vellejanus & Cornelianus, qui, capto ab hostibus patre, in civitate natus est. *l. 22. §. ult. d. captiv. & postl. rev.* Quæ posthumorum species eum in finem sunt introductæ, ne liberi vivo

vivo adhuc parente testatore nati, quales post Legem Vellejam, de quâ postea, etiam vel instituendi vel exheredandi erant, quique jus sui heredis, quod ante non habebant, post factum testamentum accipiebant, rumperent testamentum instar posthumorum, idque favore testamenti, cujus major quandoque est prærogativa, quam liberorum. *l. 10. ff. d. Inoff. testam.* Jus autem illud sui heredis, quod ante non habuimus, acquiritur, vel cum nepos, defuncto patre, quem tempore facti testamenti habebat, proximus & suus fit, vel cum filius naturalis post factum testamentum per legitimationem acquirit jus legitimi & sui, vel cum extraneus per adoptionem filiusfamilias fit & suus. *§. 1. 2. I. d. Exhered. liber.* Ut nihil jam dicam de aliis posthumorum significationibus, veluti quod posthumus etiam dicatur omnis ex quacunque uxore filius, qui natus nondum est *l. 4. ff. h. t.* Quodque posthumi dicantur non tantum primi gradus liberi, sed & secundi & ulterioris, quicumque tempore testamenti nati non sunt, sive ex nobis liberisve nostris, seu ex aliis, ut agnatis, cognatis, imo prorsus extraneis & alienis nascituri, *§. 26. I. d. legat. l. 6. ff. d. Inoff. testam.* Illud prætereundum non erat, postumos alios esse alienos, alios suos, quod maxime ad præsentem quæstionem facit. Sui dicuntur, qui si vivo testatore nascerentur, & in potestate essent testatoris, & principem inter heredes locum, primumque à patre in familiâ gradum occuparent. *v. §. pen. j. d. Tut. §. 1. Inst. d. her. qual. & diff.* Alienus autem posthumus Imperatori in *§. 2. j. d. Exher. lib.* dicitur, qui, si vivo testatore nascatur, suus heres, aut proximo à testatore gradu futurus non est. Sic nepos ex filio natus alienus est avo. *d. §. 2. I. d. exher. lib. §. 2. I. d. her. q. ab int.* sic is, qui in utero filiae testatoris est, *§. ult. I. d. pat. pot.* sic qui nasci speratur ex uxore filii, qui in adoptivâ familiâ est. *l. 1. §. 12. d. Ventre in poss. mitt.*

V. Institutionem autem posthumorum quod attinet, de eâ tenenda est regula: Postumos olim heredes institui non potuisse. Ratio est: quia nondum in rerum naturâ, adeoque incerti erant (licet, quantum ad hereditatem legitimam, semper pro jam natis adeoque capacibus hereditatis habeantur. *l. pen. d. stat. hom. l. pen. d. legat. 1.*) Cum personis autem incertis, ut notum est, nulla erat testamenti factio. *§. 27. I. d. legat.* Ulpian in *fragm. tit. 22. §. 3.* Quia ultima voluntas non videbatur, nisi quæ deliberatâ animi

sententia ac consilio testatoris facta erat ; certo autem ac deliberato consilio non videbatur facta, ubi posthumi, id est, incertæ personæ instituerentur à testatore ignorante an, quales, & quot nascituri essent. Sensim tamen, procedente tempore, restringi cæpit hoc axioma, receptumque est, suadente id humanitate, ob summam conjunctionem, quam habet cum testatore, posthumum suum institui posse. Dico posthumum *suum*, non alienum, cui inutiliter legatum fuisse affirmat Imper. in §. 26. *I. d. legat. princ. I. d. bon. poss.* Sed quid est, quod dicitur in §. 28. *I. d. legat. Posthumus alienus heres institui & ante poterat, & nunc potest?* Ut hunc nodum solvamus, non legemus cum Alciato, qui eum sequuntur, Bacchovio, & Wissembachio, insertâ negatione *non alienus*: nam, præterquam quod hæc conciliatio satis confutatur per subjectam in *d. §. exceptionem*, est contra meliorum Codd. fidem; sed cum communi DD. schola, hæc verba: *& ante poterat, & nunc potest*, ita accipiemus, ac si dixisset Cæsar: ante poterat Iure Prætorio, nunc potest Iure Civili: Certum enim est Prætorem sustinuisse institutionem posthumi alieni, ei que dedisse bonorum possessionem secundum tabulas. *l. 6. ff. d. Inoff. testam. l. 1. §. 12. d. ven. in poss. mit. l. 3. bon. pos. sec. tabb.* Ratio autem, cur in *d. §. 26.* dicatur, ante inutiliter legatum fuisse posthumo alieno, est, quia Prætoris non erat per bonorum possessionem prospicere legatis, uti institutioni. *v. l. 1. §. 12. d. ven. in poss. mit. l. 6. ff. d. Inoff. testam.*

VI. Verum enimvero hisce à dicta regulâ exceptionibus non satis prospectum erat securitati testantium & testamentorum, si ne quibus ne decedant, defunctorum interest. *inf. pr. I. d. bon. poss. §. 1. I. quib. manum. non lic. l. 6. pr. ff. d. interrogat. in Iure l. 5. ff. testam. quem. aper.* Ulterius itum est. Cum enim viderent Prudentes, posthumos, qui ante sui non erant, suos sæpe fieri, præmortuo filio, atque ita agnascendo, contra opinionem avi, rumpere testamentum, placuit, quo minus id fiat, institui posse posthumos nepotes: cum autem de modo, quo commodè id fieri posset, laborarent, laborantibus succurrit Aquilius, compositâ, ut supra diximus, formulâ, cujus concepta verba hæc sunt: *Si filius meus, vivo me, morietur, tunc, si quis mihi ex eo nepos, sive qua neptis, post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus, nata erit, heredes sumo.* *pr. hujus L. 29.* Hæc est illa de-

can.

cantatissima formula Galli, qua permittitur nepotum institutio; ne nativitate sua testamentum rumpant. Non quod ante Galli tempora postumi non potuerint heredes institui, sed quod non potuerint eâ ratione, quam præscribit Gallus. Diff. nonnulli, putantes non licuisse ante Gallum, postumos heredes instituere, vetitumque id fuisse *Lege 12. Tabb.* quam à Gallo, invitâ licet Jurisprudentiâ Romanâ, quæ nulli Jurisconsulto, nedum Gallo Aquilio, hanc auctoritatem dedit, ut aut leges ferrent, aut à Majestate latas abrogarent, sublatam asserunt. Quod ut probent afferunt *pr. I. d. bon. poss.* quæ tamen, si res ex vero æstimetur, ad cautionem Galli prorsus non pertinet; loquitur enim Imperator in *d. pr. de posthumo alieno*, Aquilii formula de suo, nec adeo ad alienum postumum pertinet *princip. hujus L. Junct §. 26. I. d. leg.* Cui tamen responsioni fateor ob stare *l. pen. d. legat 1.* Quæ tanti momenti est, ut & Connanum, Virum alioquin judicii minimè contemnendi, fefellerit. Verum, lege penitus inspectâ, facile constabit, ibi nec de testamento, nec de heredum institutione, sed de legitimis heredibus agi, quos, licet alieni sint postumi, legitimos nobis heredes fieri posse, ex Galli sententia obtinuisse affirmat Paulus. Cui cum nihil sani reponi posse videant Connanus & alii, vi agunt, & *d. legi pen.* inimicas manus inferunt, leguntque: *A posthumo herede instituto &c.* quod ut probent, ajunt *d. Legem* sumptam esse ex *lib. 4. Sent. Pauli*, ubi sic legi putant. Sed hoc falsum esse docet inscriptio legis, lectionis mutationem refutant tum ipsa legis verba, tum Pandectæ Florentinæ. Adeo ut, nihil dixisse Gallum quod vel pilum à *Lege 12. tabb.* discrepat, nedum ut eam abrogarit, certius, sit quam ut pluribus probari debeat.

VII. In §. 1. Legis nostræ docet Scævola, non fuisse hanc Galli mentem, ut ad amissim & exemplum verborum hujus formulæ omnes institutiones nepotum exigantur, quasi religio sit ab ejus præscripto recedere, *scire enim leges, non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*, inquit Celsus in *l. 17. ff. d. legib.* sed posse nos in institutione ex verbis ejus vel addere quid, vel detrahare. Ita ut e. g. valeat institutio nepotis his verbis concepta: Filius meus heres esto, & si quis mihi ex eo nepos nascetur, heres esto; scilicet in casu, quo filius meus, me vivo, morietur, & hoc sibi volunt verba: *Etiamsi non exprimat de morte filii.* Fac. *l. 37. d. her. instit.*

VIII. In §. 2. & 3. docet, cum magis consilii quam verborum Galli ratio habenda sit, id quod Gallus caverat de nepote, producendum esse ad pronepotem, & alios, (quod videntur velle verba: & cetera.) Cum in illis eadem sit ratio & utilitas: rumperent enim successione testamentum. Cujus institutionis tres modi proponuntur à JCto in §. 2. 3. 4. Aut enim pronepos instituitur in casum nepotis adhuc vivi, aut filii vivi, mortui nepotis, aut vivi utriusque & filii & nepotis, quo tamen casu ante filium nepos decedat oportet. Ita sanè, inquit, si prius nepos, deinde filius decederet: ne successione testamentum rumperetur. Si enim prius decederet filius, eique succederet nepos præteritus, rumperetur testamentum, ut cautum est capite 2. Legis Vellejæ, quo rupto, certum est, non valere institutionem pronepotis, cum in testamento rupto nihil sit quod non intercidat, licet ex æquitate Prætoriâ bonorum possessionem secundum tabulas accipere possit heres in eo scriptus l. 12. ff. d. Inj. rup. irr.

IX. In §. 5. Verba illa: Et quid si tantum in mortis filii casum conciperet, Lego cum Goveano, & Duareno, interrogativè, secus ac Noricus & vulgatus Codex. Cæterum paragraphi sensus est, posse institui postumum non solum sub conditione formulæ insertæ: Si filius morietur, sed & si deportatus, si emancipatus fuerit, adeoque si quocunque modo in potestate esse desierit. Ratio est, quia institutio confertur in eum casum, quo nihil obstat nepoti, quo minus nascatur suus: nam & emancipatione & deportatione, quæ mors civilis dicitur & naturali comparatur, l. 63. §. 10. pro soc. l. 59. §. 2. sol. mat. l. 209. d. R. I. æque de medio subducitur filius, ac morte, nec suus manet, cum proximum in potestate testatoris gradum amittat, utpote amisso jure familiæ. Idque ex sententiâ Legis Vellejæ, cujus verba latissime patere docet Scævola. Verum cum Lex Velleja permittat institui postumos nascituros vivo testatore, Galli verò formula nascituros post mortem testatoris, quomodo Scævola potuit dicere in cautione Galli alios casus supplendos esse ex sententiâ Legis Vellejæ? Hæc difficultas tanta tamque intricata visa est Goveano, ut verba illa: Legis Vellejæ, tanquam spuria imperito Interpreti imputet. Nobis satius videtur dicere, cum Lex Velleia lata sit post conceptam ab Aquilio formulam, verosimile esse Velleium dictæ Legis auctorem hos casus etiam ad institutionem posthumorum, de quibus in cautione Galli, pertinere voluisse.

X. In

X. In §. 6. Quæritur, si filius testatoris, jam mortui, decesserit apud hostes, quid juris sit? & certum est, in hac specie nepotem postea natum rumpere testamentum, etiamsi is secundum cautionem Galli institutus fuerit, eâ enim expressum tantum est de casu, quo filius vivo testatore decesserit. Equidem Gallus non *induxit* (ita enim lego pro *induxere*) quo minus nepos post mortem qui nasceretur (ita lego pro *avi*, secutus Editionem Noricam; cæterum non videntur à vero aberrare qui, conjunctâ utrâque dictione, legunt: *post mortem avi qui nasceretur.*) testamentum rumpat, cum filius ex fictione Legis Cornelie ipso captivitatis momento decessisse intelligatur, & cur non induxerit, quærit Jctus, nec sine ratione, *cum hic casus ad Legem Vellejam non pertineat*. Scævola motus *utilitate*, i. e. æquitate, seu æquo & bono, (quo sensu passim in jure hoc verbum accipitur, publicè enim interest suprema hominum judicia exitum habere. *l. 5. Test. quem. aper.*) ut huic incommodo prospiceret, respondet consilium Galli fuisse, ut nepos in omnem casum, quo suus nasciturus esset & rupturus testamentum, recte institui possit, *præferim*, inquit, *post Legem Vellejam, quæ & multos casus rumpendi abstulit.*

II. In §. 7. Species talis est. Fac Titium habere filium; filium hunc uxorem ducere; uxorem jam nurum Titii, prægnantem captam esse ab hostibus. Titius condit testamentum, instituitque nepotem ex filio nasciturum; nepos, vivo testatore Titio, nascitur apud hostes; Titius moritur; nepos à morte testatoris postliminio ab hostibus revertitur; quæritur an hic casus pertineat ad cautionem Galli, an ad Legem Vellejam? Si facti veritatem in consilium adhibeas, diceres pertinere ad Legem Vellejam: natus enim est postumus vivo testatore. Contra ad cautionem Galli referas, si consideres natum quidem fuisse vivo testatore, sed non suum, utpote in hostium potestate. Rursus Legi Vellejæ tribuas, si Ulpianum consulas in *l. 16. ff. d. Captiv. & Postl. rev.* dicentem: *Retro creditur in civitate fuisse, qui ab hostibus advenit*, hinc enim efficitur, nepotem reversum semper in avi potestate fuisse. Cæterum nullius aut exigui momenti esse hanc subtilitatem, utpote curiosam magis, quam utilem, judicat ipse Scævola. *sed cum testamentum*, (verba sunt Jcti) *ab eo non rumpitur* (institutus enim erat, non præteritis) *nihil refert utrum ex jure antiquo, an ex Lege Vellejâ excludatur.*

XII. In

XII. In §. 8. Casus difficilis est, & eo intricatior, quod Scævola verbis admodum dubiis & incertis sententiam suam exprimat. Res tamen huc redit: e. g. Sempronius ex filii sui Caji uxore prægnante sperat nepotem, & ex nepote pronepotem. Heredem instituit filium ex præscripto formulæ Aquilianæ, ut, si filius moriatur, pronepos heres sit, præterito nepote nascituro. Post testamentum Sempronio nascitur nepos ex Cajo filio heredem instituto, qui tum adhuc in vivis erat. Ex hujus nepotis uxore concipitur Sempronio pronepos. Tum decedit Sempronius cum nepote, patre nimirum pronepotis nascituro, postea decedit Cajo Sempronii filius, avus pronepotis nascituri. Hisce fato functis, nascitur pronepos à proavo Sempronio heres institutus; Quæritur, an valeat institutio pronepotis, cum nepos præteritus sit? Id quod rectè affirmat Scævola: nascitur enim pronepos in specie hujus paragraphi *suus*, &, ut diximus, post mortem testatoris: adeoque nec ei obstat non facta patris sui, nepotis scilicet, institutio: neque enim hinc præteritione nepotis rumpitur testamentum: nam cum ante patrem suum, filium scilicet testatoris, in fata concesserit nepos, nullo unquam tempore, in primo gradu, adeoque nec suus fuit. Contra in pronepote, qui mortuo primum proavo testatore, tum patre, deinde avo, nascitur.

XIII. Verba hujus §. *deinde ex eo concipiatur*, sic interpretor, quasi JCtus dixisset, deinde pronepos ex nepote concipiatur. *Vivo patre*, ita rectè legit Lælius Taurellus ex Pand. Flor. Editio verò Norica, cui consentiunt multi veteres Codd., legit, *mortuo patre*. *Isque*, id est, pronepos. *Avo*, id est, filio testatoris, qui avus est pronepotis, non ipso testatore.

XIV. In §. 9. nihil aliud dicitur, quam pronepotem, si succedat in locum nepotis, adoptari posse, non secus ac docet *Imp. in §. 6. I. d. Adopt.*

XV. In §. 10. Docet JCtus in omnibus speciebus, quibus nepotem postumum ex formulâ Galli institui posse dictum est, requiri, ut filius ex aliquâ, licet minimâ parte, heres sit institutus. Nam, ut hoc demonstrum, filius non institutus, aut præteritus erit, aut exheredatus. Si præteritus, testamentum ipso jure nullum erit *l. 17. d. Inj. rup. l. 39. ff. h. t.* Si injustè exheredatus, habet querelam ad testamentum, ut inofficiosum, rescindendum
v. pr.

v. pr. I. d. Inoff test. l. 2. 4. ff eod. Hisce obstare videretur, quod in omni testamento sufficiat filium instituere vel nominatim exheredare. pr. I. d. Exhered. lib. nisi ratio dictorum Scævola manifesta esset, quod absurdum esset filium exheredare post mortem suam, id est, ipsius filii exheredati, posthumus autem institutus non possit adire hereditatem, nisi filio mortuo; ut autem valeat exheredatio adita sit hereditas ab herede instituto oportet. l. 20 pr. vers. sed cum ff. d. bon. poss. contra tabb.

XVI. Nunc in §. 11. cum JCto de Lege Juliâ vel Juniâ Vellejâ videamus, quæ nomen accepit non à JCto aliquo, ut formula Galli, sed à legislatore quodam Vellejo: neque enim aliter lex dici potuisset; cujus tamen quis lator fuerit, quo tempore rogata sit, nondum, fateor, exploratum habeo. Vult autem hæc Lex *vivis nobis natos similiter non rumpere testamentum*; quibus verbis Vellejus prospexit nepotibus nascituris vivo testatore, cum Gallus tantum prospexerit nascituris post defunctum testatorem. Licet enim nepotibus, vivis avis, post testamentum natis consuli potuerit vel novo testamento condendo, vel priore mutando, quia tamen testator non omni loco & tempore copiam testium civium Romanorum, cæterarumque solennitatum habere poterat, Lege Velleja opus fuit. Atque hæc est vera hujus Legis ferendæ ratio.

XVII. Legis autem Vellejæ duo sunt capita. Primo permiffa est eorum institutio, qui, vivis nobis, sui nascituri sunt post testamentum. Requisitum itaque capitis primi est, ut vivo testatore nascantur sui. Unde nihil refert, quo tempore instituantur, aliquis eos antecedit an minus; *quid enim necesse est*, inquit Scævola, *tempus testamenti faciendi inspicere, cum satis sit, observari id tempus, quo nascitur*. Qui sensus est §. 11. & 12. Verba nonnulla capitis primi L. Vellejæ occurrunt in fine d. §. 12. Cætera nobis invidit temporis injuria, quæ ut supplere aut investigare omnia haud ita facile est, ita, quò sensus constet, aut hæc aut similia verba subjungenda videntur, *instituendi potestatem habeto*. Certè multa hinc desiderari vel ex eo constat, quod nihil expressum sit de iis, qui vivo testatore sui nascituri sunt, cum tamen Scævola doceat, de his Legem hanc latam fuisse.

XVIII. Secundum caput L. Vellejæ pertinet ad nepotes, jam vivo testatore tempore facti testamenti natos, caverque,

F

ne

ne succedentes in locum sui heredis, quasi agnascendo rumpant testamentum, in quo ipsi vel instituti vel exheredati sunt, non autem perimitit institui nepotes, neque enim id ante Legem Vellejam prohibitum erat. §. 15. verb. *posteriore capite &c* hujus. L. Verba capitis secundi hæc supersunt: *Si quis ex heredibus suus esse defierit*, subaudi: vivo testatore, tunc nepos mihi heres esto; ut facile intelligere est ex cæteris §§. & l. 13. d. *injus. rupt.* aliisque; atque hæc sententia est §. 13.

XIX. In §. 14. quæritur an, si is, qui filium apud hostes habet, nepotem ex eo instituat ex capite secundo Legis Vellejæ, filius autem post mortem testatoris apud hostes decedat, nepos succedendo rumpat testamentum? quod negat JCtus: defuit enim filius, vivo patre, suus heres esse; nam quamvis maxime post mortem patris apud hostes decesserit, fingitur tamen primo captivitatis momento, adeoque vivo testatore decessisse. l. 18. ff. d. *Captiv. & postl. l. 12. q. test. fac.*

XX. In §. 15., & Legis Gallus ultimo, explicandus nobis restat casus, quem ipse Scævola difficilem vocat. Nimirum: testator instituit nepotem ex filio nasciturum, nepos vivo testatore & patre suo nascitur, statimque ante mortem testatoris filius decedit; qui casus ideo difficilis est, quia nec ad Aquilii formulam, quippe quæ de iis tantum cavet, qui sui nascuntur, nec ad alterutrum Legis Vellejæ caput pertinet; Non ad primum: quia nepos in hac specie non nascitur suus; Non ad secundum: quia id concernit tantum postumos jam tempore facti testamenti natos. Ut tamen & hîc consulatur conservationi testamentorum, placuit ex sententia Juliani Jurisconsulti duobus capitibus Legis Vellejæ commixtis, ita ut unum interpretationem recipiat ex altero, in hac specie institui posse nepotem, ne rumpat testamentum. Pertinet enim quodammodo hic casus ad caput Legis Vellejæ primum, quia nepos hîc nascitur vivo testatore, licet non suus; nec minus ad secundum, quia natus est tempore vivi patris, in cujus locum succedit. Sed receptâ jam Juliani sententiâ porro quæritur, an nepos in dictâ specie, si ab avo emancipatus in defuncti patris locum succedat, futurus sit heres suus an extraneus? Et cum ob emancipationem suus esse non possit, secundum analogiam & principia juris respondet Scævola, nepotem non suum, sed extraneum vel voluntarium heredem avo futu-

tu-

turum ; nec impedimento esse status mutationem , quo minus heres fiat ; licet enim nepos heres institui soleat , ne suus postea factus testamentum rumpat , id autem in emancipato metuendum non sit , absurdum tamen esset præsumere avum , insuper habitâ curâ de conservatione testamenti , pietate ductum institutum nepotem non fuisse : id enim si apud animum suum constituisset , facile eum nominatim exheredare potuisset. Hæc nobis propiora vero videntur , alii aliter , pro capiti quisque suo conciliant , ut hic tot fere sententias & discrepantium Doctorum opiniones invenias , quot capita.

XXI. Et tantum de difficillimâ *Lege Gallus* , cæterisque *Cru-*
*cibus J*Ctorum , in quarum interpretatione si quos forte , ut humanum est falli , errores erravi , quod tamen vix credo , certè non spero , facile me veniam impetraturum confido ab æquis laboris nostri arbitris , qui norunt sæpe gravissimis auctoribus , & quævis præclara de Majestate Legum Romanarum in priscam dignitatem restituendâ meritis , Cujacio , Duareno , Donello , Alciato , Goveano , Fabro , at quantis viris ? aliisque , quorum etiam errores docti sunt , hîc aquam hærare. Si Deus Opt. Max. , cui hæc qualiacunque accepta fero , ingenium , vires , ætatemque nobis suffecerit , promittimus his meliora , magisque exarsciata.

COROLLARIA.

I.

Jus Romanum originem suam debet Dei Opt. Max. præceptis.

II.

Non licet occidere ob defensionem bonorum.

III.

Deductio in domum mariti nunquam fuit necessaria ad substantiam matrimonii.

IV.

Ad transferendum dominium per traditionem non requiritur inductio in vacuam possessionem.

V.

Ad notitiam Juris Romani necessaria est humaniorum litterarum scientia.

VI.

Jus naturæ ex nullo fonte purius hauritur, quam ex verâ sui & Dei cognitione, & præceptis divinis.

VII.

Doctori Juris, minori 25 annis, si in negotio gerendo, quod ad peritiam Juris non pertinet, læsum se probet, restitutio in integrum deneganda non est.

VIII.

Etiam in iis causis, quibus dominium citra traditionem ipso jure acquiritur, desideratur traditio, ut Publicanâ experiri liceat.

F I N I S.

